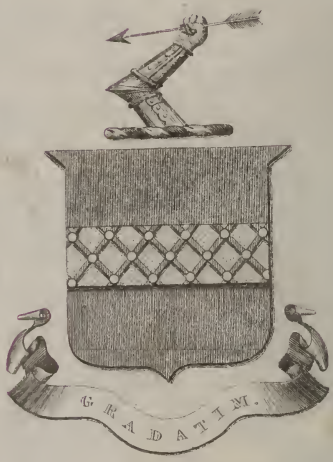
3 1761 09492977

UNIVERSITY OF TORONTO



William Proudfoot.

Presented to the Library

of the

University of Toronto

by the Executors of

The Honourable William Proudfoot

sometime Justice of the High Court of Justice
for Ontario,

Professor of Roman Law

in the

University of Toronto

A. D. 1888-1900.

Law
A169c

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/thoriedescontrat00acca

THÉORIE

DES

CONTRATS INNOMMÉS

ET EXPLICATION DU TITRE

DE PRÆSCRIPTIS VERBIS

AU DIGESTE

PAR

C. Calixte ACCARIAS

PROFESSEUR AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
CHARGÉ DU COURS DE PANDECTES

(Deuxième tirage de l'édition de 1866)

61775
5 | 3 | 04

PARIS

COTILLON ET FILS, ÉDITEURS

LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1873

Law
A169c

PRÉFACE

—

Le travail que je soumets à l'examen et à la critique des Romanistes n'est pas précisément un livre; ce n'est qu'un recueil de Conférences faites à la faculté de droit de Douai, dans le cours de l'année scolaire 1865-1866, à l'usage des aspirants au doctorat. Mes jeunes auditeurs, dont l'assiduité laborieuse a été récompensée par un succès sans exception, retrouveront ici l'ordre, la substance, souvent le texte même de mon enseignement.

Quelques personnes s'étonneront peut-être que, m'adressant aujourd'hui au public, j'aie conservé à mes études leur forme première de leçons, au lieu de les fondre en un traité proprement dit. Et en effet, cette forme, sous laquelle se sont produits tant de brillants travaux littéraires, historiques, économiques, n'a guère été appliquée au droit, particulièrement au droit romain. Que le péché de nouveauté lui soit donc imputé, je ne chercherai pas à

l'en défendre. Mais j'ai entendu soutenir, et quelquefois par de bons esprits, qu'elle ne convient pas à la science. Cette critique, qui aboutit à nier le caractère scientifique d'un Cours quelconque, ne m'a pas touché. J'ai cru que la forme, souvent la moins mauvaise, toujours la plus communicative, est celle sous laquelle la pensée est une première fois sortie de l'intelligence; que, plus l'écrit ressemble à la parole, plus il est vivant; et que la lecture devient plus facile, lorsque le lecteur oublie qu'il lit. Il m'a semblé aussi que, dans un travail destiné à ceux qui veulent apprendre bien plus qu'à ceux qui savent, cette forme était plus appropriée au but et plus commode que toute autre, parce qu'elle permet, quelquefois même appelle, dans un intérêt de clarté, des digressions et des retours sur une même idée, que ne comporte pas la composition plus sévère d'un traité. Je n'hésite donc pas à dire que, si mon travail est jugé défectueux dans la forme, l'auteur seul aura mérité la critique par l'usage qu'il n'aura pas su faire d'un genre en lui-même très-acceptable.

J'ai toujours soigneusement consulté et cité les sources; mais j'ai peu cité les interprètes modernes, j'ai laissé de côté nombre de menues controverses et ne me suis pas attaché à rapporter les diverses interprétations que cha-

que texte a suscitées. Les étudiants, à qui s'adresse plus particulièrement mon travail, me sauront peut-être gré de cette extrême sobriété, même de cette absence d'érudition. A ceux qui me la reprocheraient, que répondrai-je? A tort ou à raison, j'ai mieux aimé exposer mes propres idées, ce que je crois vrai ou probable, que d'enregistrer tout ce qui a pu être dit sur la matière.

Quant aux motifs qui ont déterminé soit le choix spécial de mon sujet, soit la méthode que j'ai cru devoir suivre, je m'en tais: ceux qui prendront la peine de feuilleter ma première conférence y trouveront des explications qu'il serait inutile de reproduire ici. Qu'il me soit permis seulement d'exprimer un regret que tous les amis de la science partageront: notre savant inspecteur général, M. Charles Giraud, avait lui-même, il y a quelques années, porté son attention sur le sujet que je traite, et en avait fait l'objet de plusieurs Conférences à la Faculté de droit de Paris. S'il eût livré au public le résultat de ses recherches, il aurait sans doute enrichi la science d'une œuvre définitive; et mon travail, qu'il a bien voulu encourager par ses conseils si compétents, n'aurait pas affronté, devenu inutile, le danger d'une comparaison redoutable.

Mon collègue et excellent ami, M. Thézard,

voudra bien que je ne l'oublie pas non plus. Auditeur volontaire et juge délicat, il m'a souvent adressé des critiques dont j'ai toujours profité, et dont je tenais à le remercier publiquement.

1re CONFÉRENCE.

J'ai choisi pour sujet de nos entretiens l'explication du titre *De præscriptis verbis*, ou, si vous aimez mieux, la théorie des contrats innommés dont les principaux éléments sont contenus dans ce titre. Quels motifs m'ont dicté ce choix? C'est une question que vous avez le droit de me poser et à laquelle je ne puis me dispenser de répondre.

J'ai souvent remarqué que cette théorie est de celles que les étudiants, je parle des meilleurs, connaissent à peine et n'approfondissent jamais. On leur a bien dit que la liste des contrats, telle que l'avait arrêtée l'ancienne législation romaine, était fort restreinte, et que l'admission d'une foule d'autres contrats dits innommés constitue une innovation relativement récente. Ils connaissent de l'action *præscriptis verbis* au moins les rares applications qu'en rapportent les Institutes (de locat. et cond. § 1 et 2 — III, 24); ils savent qu'une controverse sur la nature de cette action résulte d'un passage malheureux du titre *De actionibus* (Inst. IV, 6 § 28). Ils n'ignorent pas absolument le nom de la *condictio ob rem dati*. Les plus laborieux savent même qu'il est question quelque part d'une *condictio ex pœnitentia*. Mais une théorie complète et raisonnée des contrats innommés; une vue nette du développement historique de cette théorie; une con-

naissance sérieuse des diverses actions qui naissent de ces contrats ou à la suite de ces contrats; enfin des solutions motivées sur les questions encore litigieuses qu'ils ont fait naître, tout cela généralement leur manque. Et, en parlant ainsi, je n'entends pas faire le procès aux étudiants : ma critique s'adresse plus haut, elle s'adresse aux rédacteurs mêmes des Institutes. Tandis qu'ils n'oublient aucun des contrats reconnus par le droit civil; tandis qu'ils parlent encore, je ne sais pourquoi, de ce vieux contrat *litteris* bien oublié au temps de Justinien, ils demeurent absolument muets sur les contrats innommés. Nul développement, nulle indication générale sur cette matière que Gaius, leur guide ordinaire, avait pu négliger, parce qu'elle n'était pas encore pleinement synthétisée de son temps. De là aussi le silence trop fréquent, ou du moins les explications trop incomplètes, trop morcelées surtout, des commentateurs. Les Institutes n'ont rien dit, ne disons rien ! Telle paraît être souvent leur devise. Comme si le but principal de celui qui étudie le droit romain devait être de savoir précisément ce qu'il y a dans les Institutes, tout cela et rien que cela ! Et puis on s'étonne si l'étudiant, devenu homme du monde, accuse le droit romain de méconnaître l'équité, et les jurisconsultes d'être restés, au milieu du progrès général des idées, emprisonnés dans le génie étroit des douze tables. Ces critiques sont fausses, sont injustes, soit : mais il fallait les prévenir par une complète exposition des théories qui manifestent le mieux le sens pratique, l'équité, le progrès continu de la jurisprudence romaine. Or parmi ces théories, figure au premier rang celle des contrats innommés. Nulle part la méthode et l'esprit philoso-

phique des jurisconsultes romains n'éclatent avec plus d'élévation ; nulle part leur sentiment des exigences de la pratique n'apparaît plus net, plus profond ; nulle part vous ne les verrez soutenir, contre le formalisme du vieux droit, une lutte plus persévérante dans ses efforts et plus heureuse dans ses résultats.

Ainsi, d'une part, une ignorance trop fréquente, trop ordinaire, même chez de bons esprits; d'autre part, la haute importance pratique que présentait à Rome la théorie des contrats innommés, la pensée toute philosophique et équitable qui inspira cette théorie, l'intérêt historique qui s'attache à cette patiente et progressive élaboration, je pourrais ajouter la puissante influence qu'elle a exercée sur le dégagement du grand principe de notre droit moderne, savoir la consécration par la loi de toutes conventions licites et librement faites, tels sont les motifs bien satisfaisants, je l'espère, qui ont déterminé mon choix.

Pour aujourd'hui, je me bornerai à quelques explications fort courtes qui serviront d'introduction à mes développements ultérieurs. Ces explications porteront sur deux points seulement. Je veux d'abord, et surtout, vous montrer comment les nécessités mêmes de la pratique, comment les lacunes du vieux droit civil rendirent nécessaire la théorie des contrats innommés. Je vous indiquerai ensuite, et cela très-succinctement, quelle est la marche que je me propose de suivre dans ces conférences.

Ce sont, vous ai-je dit, les lacunes de l'ancien droit, les embarras pratiques, les iniquités qui en étaient la conséquence, qui amenèrent comme correctif la création de la théorie dont nous allons nous occuper. Cette

proposition deviendra claire et évidente pour vous, si vous voulez bien me permettre de vous rappeler en quelques mots les principes du droit romain sur les pactes, sur les contrats, et sur ce que les interprètes ont l'habitude d'appeler la *causa civilis* de l'obligation. Je n'ai pas ici la prétention de vous apprendre quelque chose : je le répète, je ne veux que vous rappeler quelques idées tout-à-fait élémentaires, des idées dont il est essentiel que vous ayez l'intelligence bien présente et bien précise.

On appelle pacte ou convention tout accord de deux ou plusieurs volontés en vue de produire un même résultat juridique. « *Est pactio duorum pluriumve « in idem placitum consensus.* » C'est Ulpien qui parle ainsi (L. 1, § 2, de pact. II, 14). Ce mot convention, ajoute le jurisconsulte, est général : il s'emploie exactement, quel que soit l'effet juridique que les parties se proposent de produire. Donc, que l'accord des volontés tende à faire naître une obligation, qu'il tende au contraire à dissoudre une obligation préexistante, peu importe : ce sera toujours une convention.

Les conventions, nous dit le même jurisconsulte, sont ou publiques ou privées (L. 5, de pact. II, 14). Les premières sont, par exemple, celles qui interviennent entre deux chefs d'armées; plus généralement, ce sont celles que concluent deux personnes agissant en qualité de représentants de deux nations. Je les laisse de côté. Les conventions privées sont celles qui interviennent entre deux ou plusieurs particuliers, seuls intéressés. C'est de ces dernières seulement que je veux vous parler. Et je les supposerai toujours tendant à créer des obligations, non pas à en éteindre.

Ces conventions privées, Ulpien les subdivise en deux catégories. Il appelle les unes *conventiones legitimæ*, les autres *conventiones juris gentium* (L. 5, de pact. II, 14).

Qu'entend-il par conventions légitimes? La réponse à cette question n'est pas faite par Ulpien lui-même, et je le regrette. Tribonien, usant ici d'un procédé qui lui est trop familier, supprime une partie du texte d'Ulpien, et le remplace par deux lignes extraites du Commentaire de Paul sur l'édit. Ces deux lignes forment la loi 6, *de pactis*. Elles définissent la convention légitime, celle *quæ lege aliqua confirmatur*, c'est-à-dire celle dont la loi garantit l'exécution par une action. Or je dis que, très-certainement, cette définition n'était pas celle d'Ulpien, et voici comment je le prouve. La loi 7 (pr. et § 1), qui appartient à ce jurisconsulte, constate que certaines conventions *juris gentium* engendrent des actions, que certaines autres n'en engendrent pas. Comme exemples des premières, le texte cite la vente, le louage, la société, le dépôt, le commodat. Or, ce sont là autant de conventions consacrées par le droit civil et revêtues d'action. Elles rentrent donc dans les conventions légitimes telles que les a définies Paul D'où il résulte que si cette définition exprimait la pensée d'Ulpien, il faudrait reprocher à ce jurisconsulte une bien grave confusion : il aurait compris ces conventions tout à la fois parmi les conventions légitimes et parmi celles du *jus gentium*, que pourtant il oppose les unes aux autres.

Quelle était donc la pensée d'Ulpien? Sans doute, employant l'expression *conventio legitima* dans une acception moins large que celle de Paul, il entendait

par là toute convention dont le droit civil avait subordonné l'existence à l'accomplissement de certaines solennités, tandis que les conventions du *jus gentium* seraient celles qui ne comportent aucune condition de forme. Les principales conventions légitimes, rappelez-vous que j'écarte les conventions qui ne font qu'éteindre des obligations, étaient au temps d'Ulpien la stipulation, la *dotis dictio*, l'*expensilatio*. Ces conventions étaient qualifiées contrats, précisément parce qu'elles emportaient obligation et action. Quel était ici l'élément générateur de l'obligation ? Il était double : c'était d'abord le consentement, mais à lui seul le consentement n'aurait pas suffi. Il fallait de plus faire intervenir certaines formes ou solennités consacrées par la loi, solennités qui consistaient en des paroles déterminées et arrangées d'une certaine manière, s'il s'agissait de *dotis dictio* ou de stipulation ; en des écritures spéciales, s'il s'agissait d'*expensilatio*. Ce sont ces solennités que les interprètes du droit romain ont l'habitude d'appeler la *causa civilis* de l'obligation. Cette expression ne se rencontre pas dans les textes; mais ici elle est exacte, elle se justifie, et voici comment : c'est que la nécessité de cet élément solennel, de cette cause toute différente, toute indépendante du consentement, dérive d'une façon bien visible du droit civil : elle en est une création profondément arbitraire. Elle n'a rien, à coup sûr, de conforme à la *naturalis ratio*, et il s'en faut que nous la trouvions chez tous les peuples. Voilà pourquoi Ulpien qualifie de telles conventions *legitimæ*, se référant précisément à cet élément artificiel que les modernes ont nommé *causa civilis*. — A l'égard du consentement, nécessaire aussi

à la formation de la *conventio legitima*, il compte bien, même ici, comme cause de l'obligation ; mais ce n'est plus une *causa civilis*. Il est clair que la raison naturelle l'exige et qu'on le retrouvera forcément dans toutes les législations. Et c'est pourquoi Ulpien ne fait qu'exprimer une vérité universelle, lorsqu'il nous dit que dans tout contrat il y a d'abord une convention ou un pacte (L. 1, § 3, de pact.) Il peut y avoir quelque chose de plus, il y aura toujours au moins cela.

Quant aux conventions du droit des gens, quelques-unes, dit Ulpien, (L. 7 § 1 *de pact.*), engendrent des actions ; les autres, en majorité, n'en engendrent pas. Les premières sont déterminées limitativement par la loi : elles constituent l'exception. Au lieu de garder, comme la masse des autres, leur nom générique de conventions ou pactes, elles prennent un nom spécial : elles s'appellent le *mutuum*, le commodat, le gage, le dépôt, la vente, le louage, la société, le mandat. Ce sont encore des contrats. Les quatre premiers sont qualifiés contrats réels ; les quatre derniers, contrats consensuels.

Quelle est ici la cause ? Pour les quatre contrats réels elle gît d'abord dans le consentement ; mais le consentement ne suffit pas, il faut encore une tradition. Dans le *mutuum*, cette tradition doit être translative de propriété. Dans le commodat, le gage et le dépôt, ce sera une simple remise matérielle sans transport de propriété. Cette tradition ou cette remise, les interprètes ont voulu la considérer comme une *causa civilis* de l'obligation. Et j'accorde sans difficulté qu'elle constitue bien une *causa ;* mais pourquoi qualifier cette *causa civilis ?* Voilà ce que je ne comprends plus. Est-

ce qu'il y a ici une création du droit civil, comme il y en a une dans la stipulation ou dans l'*expensilatio*? Non, certes; en aucun pays, je ne serai considéré comme emprunteur, si les espèces dont je dois restituer l'équivalent ne m'ont pas été livrées, si elles ne sont pas devenues ma propriété. Nulle part aussi, je ne puis être obligé à restituer, à titre de commodataire, de dépositaire ou de gagiste, une chose qui ne m'aurait pas été remise. Dans ces quatre contrats, la nécessité d'une tradition est manifestement indiquée par la *naturalis ratio*. L'expression *causa civilis* manque donc ici d'exactitude, et comme les textes ne l'emploient pas, je me crois fondé à dire qu'il était inutile de la faire intervenir.

A l'égard des quatre contrats consensuels, où réside la cause de l'obligation? Dans le consentement seul. Ces contrats ne sont, à bien considérer les choses, que des pactes que la loi, exceptionnellement, à cause de leur fréquence et de leur extrême utilité pratique, munit d'action. Ici encore, et bien plus inexactement que tout à l'heure, les interprètes, dominés par cette prétendue nécessité de trouver toujours une *causa civilis* de l'obligation, se sont demandé où ils allaient la placer. Les uns, je dois dire presque tous, la voient dans le seul consentement, et à ceux-là je ne reproche aucune inexactitude quant au fond; je leur reproche seulement de compliquer la matière en introduisant ici un langage étranger aux textes. D'autres ont placé ailleurs la *causa civilis :* ils la font résider, non pas dans le consentement, mais bien dans la réunion des conditions nécessaires pour que la convention constitue une vente, un louage, une société, un mandat. Par exemple, dans la

vente, la *causa civilis*, ce serait la *merx* et le *pretium*. Dans le louage, ce serait la *res* et la *merces*, etc. Or, je le demande, qu'est-ce qu'il y a ici de civil? Quel élément trouverez-vous dans la vente et dans le louage, qui puisse être considéré comme une création spéciale du droit civil? Est-ce que chez aucune nation, vous comprenez une vente sans une chose vendue et sans un prix, un louage sans une chose louée et sans un prix, etc.?

Je me résume et je conclus :

Je dis, premièrement, que l'expression *causa civilis* ne se rencontre pas dans les textes, pas du moins dans l'acception qu'on veut lui attribuer ici (1). Lisez notamment la loi 7, *de pactis :* il y est plusieurs fois question de *causa,* jamais de *causa civilis.* Appliquée sans distinction à tous les contrats, cette expression implique une idée profondément fausse, savoir que dans tout contrat il y aurait un élément de création artificielle. Cette expression se justifie, je l'accorde, à l'égard des contrats solennels. Elle ne se justifie plus à l'égard des contrats réels; et, si c'est possible, elle se justifie moins

(1) Nous trouvons cette expression dans la loi 49, § 2, de pecul. (XV. 1) « Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causa » civili computandum est ; ideoque si dominus in rationes suas referat se » debere servo suo, quum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa » præcesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem. » Voici le sens évident de ce texte : Quand on recherche si un esclave est débiteur ou créancier naturel de son maître, il faut examiner s'il est intervenu entre eux un fait susceptible de produire obligation entre personnes capables de s'obliger civilement ; il faut voir s'il n'y a pas d'autre obstacle à la naissance de l'obligation civile, que la qualité de l'esclave et sa dépendance par rapport au maître. Donc, si le maître s'est borné à écrire sur ses livres qu'il doit à son esclave, l'obligation naturelle n'existe pas, parce qu'un pareil fait ne saurait obliger même une personne capable. (L. 26, de donat. XXXIX, 5.) *Causa civilis* signifie donc ici toute cause d'obligation consacrée par la loi, et non pas une cause d'obligation arbitrairement créée par la loi.

encore pour les contrats consensuels. De là je tire à l'instant même une conclusion : c'est que partout où il n'y aura pas de contrat, partout où nous rencontrerons une convention non garantie par la loi, nous ne saurions expliquer ce résultat par l'absence d'une *causa civilis*. Cette prétendue explication n'explique rien du tout ; elle revient à dire que, là où il n'y a pas de contrat, c'est que la loi n'a pas voulu qu'il y en eût. Ce n'était vraiment pas la peine d'imaginer la théorie de la *causa civilis*, pour n'en tirer qu'une pareille naïveté.

Je dis, en second lieu, et ici heureusement je n'ai plus personne à contredire, que le nombre des conventions munies d'actions, c'est-à-dire des contrats, a été rigoureusement limité par le droit ancien. Donc, toute convention qu'il n'aura pas fait figurer dans ses cadres étroits, si utile, si morale qu'elle soit, et quelque certaine qu'apparaisse la volonté des parties, sera destituée de toute protection juridique sérieuse. Les partis l'exécuteront, s'il leur plaît de l'exécuter. Et pourquoi cela, me direz-vous ? Pourquoi les Romains, qui protègent certaines conventions, abandonnent-ils les autres ? Pourquoi ces préférences restreintes et ces dédains multipliés ! Le voici, si je ne me trompe : le contrat type et régulier, le contrat romain par excellence, c'est la stipulation. Les Romains adoptent en principe cette forme, parce qu'elle imprime au consentement un caractère particulier de réflexion et de certitude. Pour eux, tous les autres contrats sont exceptionnels ; aussi, est-ce toujours à propos de la stipulation que les jurisconsultes groupent ensemble et exposent les règles générales des contrats et obligations. Remarquez, au surplus, que cette forme de la stipulation, comme un

vêtement élastique, s'adapte à toute espèce de convention ; c'est un moule flexible dans lequel on peut jeter une opération juridique quelconque (Inst. § 3, de divis. stipul. III, 18). Donc, voulez-vous contracter ? Voulez-vous faire naître une obligation ? Faites une stipulation, tel est le principe. Maintenant, il y a des conventions tellement usuelles, comme la vente ou le *mutuum*, ou tellement basées sur l'équité seule, comme la société, que la loi, par exception, les affranchit de la nécessité de se convertir et de se fondre en une stipulation. Or, naturellement les exceptions à la règle sont limitées au strict nécessaire. Je ne veux pas défendre cette théorie romaine ; je me borne à l'expliquer ; et vous voyez, je l'espère, que tout étroite qu'elle est, elle ne présente rien d'absurde, les parties ayant presque toujours (1) à leur service le procédé de la stipulation.

Abordons maintenant quelques-unes des hypothèses exclues de la protection de la loi. Par exemple, il a été convenu que je vous donnerais une maison et que vous me donneriez votre fonds de terre ; ou bien que j'affranchirais mon esclave Stichus, et que vous me donneriez une somme déterminée ; ou encore que je ferais un voyage à Capoue dans votre intérêt, et que vous en feriez un à Carthage pour mes affaires personnelles. Ces conventions ne sont que des pactes : point de contrat, point d'action. Vainement l'analyse rationnelle, vainement l'équité protestent : sur ce point, la rigueur du droit primitif ne fléchira pas. Mais, ajoutons

(1) Je dis *presque toujours*, et non pas *toujours*, parce que la stipulation implique la présence des parties et n'est possible qu'entre personnes qui parlent et entendent (Gaius III, §§ 105 et 138).

quelque chose à ces hypothèses : je vous ai rendu propriétaire de ma maison, j'ai affranchi Stichus, j'ai exécuté le voyage à Capoue. Pouvez-vous encore manquer impunément à cette convention que moi j'ai exécutée ? vous l'eussiez pu dans l'origine (1) : et c'est ici que le cri de l'équité blessée fut entendu des jurisconsultes. C'est pour le cas où la convention synallagmatique, d'abord nue et dépourvue d'action, avait été exécutée d'un côté, qu'ils sentirent la nécessité de couvrir d'une protection efficace la partie loyale qui avait exécuté. On finit par considérer cette exécution unilatérale comme contenant une *causa obligationis* et formant un contrat (L. 7, § 2, *de pact.*). Ce sont ces contrats que nous appelons contrats innommés, expression étrangère aux jurisconsultes, mais d'une parfaite exactitude, et, comme nous le verrons, suggérée par les textes eux-mêmes.

Reste à vous indiquer en peu de mots la méthode que je me propose de suivre.

Deux procédés s'offraient tout d'abord à moi. Le premier consisterait à vous exposer directement, dans un ordre logique, la théorie des contrats innommés, les textes n'intervenant que pour justifier mes assertions. Le second consisterait, au contraire, à vous présenter le commentaire des textes contenus au titre *de præcriptis verbis*, à les analyser minutieusement, et à dégager de cette analyse les éléments d'un théorie générale.

Je n'ai pas hésité à rejeter l'emploi exclusif de l'un ou l'autre de ces deux procédés. Leur combinaison m'a

(1) Cela ne signifie pas que, même à l'origine, la partie qui avait exécuté le pacte, fût toujours dépourvue d'action. Mais elle n'avait jamais d'action contractuelle. Ce point sera ultérieurement développé.

paru seule susceptible de nous conduire à des résultats satisfaisants. Et voici pourquoi : d'une part, cette conférence, dans la pensée certaine de ceux qui l'on instituée, a surtout pour but de vous mettre en contact avec les textes des jurisconsultes. Jusqu'à présent, si j'excepte les Institutes de Justinien, peut-être les Commentaires de Gaius, ce n'est pas aux sources elles-mêmes que vous avez demandé la connaissance du droit romain. Vous n'avez guère lu le Digeste, tout au plus l'avez-vous quelquefois consulté. Or, cette lecture, contenue dans une certaine sobriété qu'il est peut-être superflu de vous recommander, vous devient absolument nécessaire pour une préparation approfondie du doctorat. L'explication des textes du titre *de præscriptis verbis* non-seulement vous fera connaître la nature des contrats innommés et leurs diverses variétés avec plus de précision que ne le ferait une exposition purement synthétique; non-seulement, par les excursions qu'elle nécessitera dans des matières confinant à la nôtre, elle vous apprendra ou vous rappellera, chemin faisant, bien des choses étrangères à notre matière; mais elle vous initiera, soit aux procédés de rédaction du Digeste, soit à la méthode des jurisconsultes; et par là, en vous faisant étudier directement une théorie, elle vous apprendra à en creuser d'autres par vous-mêmes.

D'autre part, je ne puis me dissimuler que cette méthode d'exégèse présente un danger très-grave : il est à craindre que vous ne perdiez de vue notre but principal, la construction d'une théorie complète et enchainée des contrats innommés. Il est à craindre que des détails étrangers à notre sujet, indispensables

cependant si l'on veut voir clair dans les textes, n'absorbent trop votre attention, et qu'en sens inverse beaucoup d'autres détails qui rentrent en plein dans le sujet ne vous frappent pas suffisamment, faute par vous d'avoir aperçu le lien qui les rattache, soit entr'eux, soit au principal. Pour parer à ces dangers qui rendraient nos études de textes à peu près infructueuses, je vous présenterai dans nos trois prochaines réunions l'ensemble des idées générales dont les textes nous fourniront ensuite la vérification détaillée. Bien comprises, et bien présentes à vos esprits, ces idées générales assureront votre marche vers un but déterminé. Les nombreuses décisions qui passeront sous vos yeux ne seront plus des détails isolés : vous saurez les grouper ensemble; vous y reconnaitrez les éléments d'un tout, les matériaux divers d'une construction unique dont vous posséderez le dessin. Quand nous aurons ensuite commenté les textes, et étudié, à l'occasion des plus importants, les diverses théories particulières qui ne sont que les éléments de la théorie générale, notre travail ne sera pas absolument complet : il nous restera à reprendre dans une courte exposition d'ensemble quelques-uns des principaux résultats de nos recherches. Nous terminerons donc, comme nous aurons commencé, par des idées générales. Ce sera l'objet de notre dernière conférence. Nous aurons ainsi fait appel aux deux procédés dont la réunion constitue toute méthode véritablement scientifique, l'analyse et la synthèse.

2e CONFÉRENCE.

Je vous ai promis, comme préliminaire de l'explication du titre *de præscriptis verbis*, une exposition générale de la théorie des contrats innommés. Pour aujourd'hui, je vous présenterai cette théorie dans son état définitif, telle que les jurisconsultes arrivèrent à la fixer après de longs tâtonnements et de nombreuses divergences ; je vous la présenterai, dis-je, comme si elle se fût constituée d'ensemble et complètement à un certain jour. Puis, sachant bien que les institutions juridiques ne se forment pas ainsi, qu'elles n'arrivent pas en un jour à la maturité, et que spécialement la théorie des contrats innommés fut le produit successif d'une lente évolution, j'essaierai de marquer quelles furent probablement les diverses étapes parcourues avant d'arriver au but. Ce sera l'objet de notre prochaine conférence. Enfin, dans la suivante, m'attachant exclusivement à l'action que ces contrats engendrent, je veux dire à l'action *præscriptis verbis*, je m'appliquerai à en déterminer les caractères, la nature et le but.

Avant tout, fixons-nous sur les conditions nécessaires à la formation du contrat innommé. Ces conditions sont au nombre de trois :

1° Il faut d'abord qu'une prestation ait été faite par une personne à une autre personne. Cette prestation

consistera toujours en un transport de propriété ou en l'exécution d'un fait. C'est pourquoi l'on dit que le contrat innommé suppose *aliquid datum* ou *aliquid factum*. Je préciserai tout à l'heure le sens de ces deux mots (L. 5, pr. h. t.).

2° Il faut, en second lieu, que cette prestation intervienne en exécution d'une convention antérieure ou concomitante, et que cette convention oblige l'autre partie à effectuer une prestation réciproque consistant aussi à donner ou à faire. Par allusion à ce que la première prestation n'est accomplie qu'en vue d'en obtenir une autre, on dit qu'elle est faite *ob rem* ou *certa lege* (L. 5 pr. L. 8 h. t. — L. 6, C. de rer. permut. IV, 64.)

3° Il faut, enfin, que cette convention, soit par elle-même, soit jointe à la prestation qui l'accompagne, ne constitue pas un contrat nommé. Pour me faire comprendre par deux exemples, la vente ne rentrera pas dans la classe des contrats innommés. Exécutée ou non, elle oblige, elle est contrat, dès qu'il y a accord des volontés sur la chose et sur le prix. La convention de prêt ne rentrera pas non plus dans les contrats innommés. De deux choses l'une, en effet : ou elle n'a pas encore été suivie de la numération des espèces, et alors il manque la prestation indispensable pour former le contrat innommé. Ou, au contraire, les espèces ont été comptées, et dès lors il s'est formé un contrat nommé, un *mutuum*.

De la nécessité de ces trois conditions je dégage la définition suivante : Le contrat innommé n'est qu'une transformation d'un pacte synallagmatique qui, primitivement nu et dépourvu d'action, a été exécuté par l'une des parties et est en conséquence devenu obliga-

toire pour l'autre (1). Tant que la convention reste inexécutée des deux parts, le droit romain, fidèle à son principe, ne la consacre pas, parce que le consentement, qui ne se traduit extérieurement par aucune solennité ni aucun fait matériel bien saisissable, laisse des doutes sur son existence. Mais l'exécution accomplie par l'une des parties et reçue par l'autre manifeste avec une énergie bien suffisante leur volonté réciproque de contracter. Il existe dès lors une *causa obligationis* (L. 7, § 2 et 4, de pact. II, 14). Faut-il qualifier cette *causa civilis?* Non, assurément; car si la justice naturelle exige que le législateur consacre même la simple convention, à plus forte raison ne souffre-t-elle pas qu'il méconnaisse une convention exécutée d'un côté. Nous ne découvrons donc rien dans cette cause d'obligation qui sente l'arbitraire des créations du droit civil; nous n'y voyons, au contraire, qu'un retour partiel et un hommage incomplet à l'équité méconnue.

Les interprètes, se fondant sur cette nécessité certaine d'une exécution unilatérale pour la formation des contrats innommés, les ont quelquefois qualifiés réels. Quoique ce langage corresponde à une idée très-exacte en elle-même, il tend néanmoins à fausser la véritable notion romaine des contrats *réels*. En effet, la *res*, considérée comme élément constitutif d'un contrat, consiste toujours en une tradition : aussi a-t-on pu dire de l'échange qu'il se forme *re* (L. 2 et 3, C. de rer. permut. IV, 64). Mais je ne crois pas que cette expression se rencontre jamais pour les contrats innommés qui

(1) En fait, il est possible et il arrivera presque toujours que le pacte soit exécuté d'un côté à l'instant même où il est conclu. Néanmoins, il aura précédé l'exécution, ne fût-ce que d'un instant de raison

naissent d'un *factum*. Et c'est là une raison suffisante pour écarter cette terminologie, d'ailleurs inutile; car elle ne fait qu'exprimer d'une manière un peu plus vague cette idée très-claire que le contrat innommé se forme par une dation ou un fait (1).

Je vous ai dit que non-seulement les contrats innommés se forment par une dation ou par un fait, mais qu'ils tendent aussi à obtenir en retour, soit une dation, soit un fait. Or, vous apercevez tout de suite que ces deux termes *dation* et *fait*, se prêtent à quatre combinaisons différentes, et qu'en conséquence nous pouvons, avec le jurisconsulte Paul (L. 5, pr. h. t.), ramener ces contrats aux quatre catégories suivantes :

1° *Do ut des*, je donne pour que vous donniez.
2° *Do ut facias*, je donne pour que vous fassiez.
3° *Facio ut des*, je fais pour que vous donniez.
4° *Facio ut facias*, je fais pour que vous fassiez.

Vous verrez bientôt que cette classification, à peu près dépourvue d'intérêt pratique le jour où la théorie des contrats innommés fut pleinement constituée, présente au contraire une grande importance pour celui qui veut suivre historiquement la formation progressive de cette théorie.

Pour le moment, attachons-nous à préciser le sens juridique de ces deux mots *dare* et *facere*. *Dare* signifie proprement, vous le savez tous, transférer la propriété. Les contrats *do ut des, do ut facias*, se forment donc par une translation de propriété. Et de là trois

(1) Nous verrons plus tard comment il faut expliquer deux textes qui paraissent supposer des contrats innommés formés par le seul consentement (L. 6, h. t. — L. 3, § 4, de condict. caus. dat. XII, 4).

conséquences : 1° si la chose que je vous ai livrée n'était pas mienne, le contrat n'a pas pu se former (L. 1. § 3, de rer. permut. XIX, 4). Il faut admettre, cependant, que, si vous parvenez à usucaper, le contrat commencera dès lors à exister. 2° Encore que la chose livrée fût bien mienne, si elle est *res mancipi* et que je ne vous l'aie ni mancipée ni cédée *in jure*, le contrat fort probablement ne s'est pas formé non plus. Il ne se formera que par l'achèvement de l'usucapion. Je ne puis appuyer cette décision sur aucun texte absolument concluant (1), et il ne faut pas que cela vous étonne, puisque l'hypothèse est devenue impossible sous Justinien qui a supprimé la distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi*. Ma solution résulte des principes généraux : une dation était nécessaire, et il n'y a pas eu dation dans notre hypothèse. 3° La tradition d'un fonds provincial ne pouvait pas non plus, dans le droit antérieur à Justinien, donner naissance aux contrats *do ut des* ou *do ut facias*, parce que cette tradition ne transférait jamais le *dominium ex jure Quiritium*. Et comme elle ne conduisait pas non plus à l'usucapion, l'espérance même de voir le contrat naître au bout d'un certain temps faisait défaut. Au surplus, j'ai peine à croire que ces deux dernières conséquences, très-rigoureusement

(1) Cependant la loi 4 in fine, *de dol. mal.* au code (II, 21) paraît bien se référer à cette hypothèse. Il a été convenu que je vous donnerais mon *ancilla* pour l'affranchir et que vous me donneriez un autre esclave. J'ai fait la tradition, vous n'exécutez pas la dation convenue. Le texte décide que si le *dominium* m'appartient encore, je puis revendiquer, *recuperare*. Qu'est-ce que ce *dominium*, sinon le *nudum jus Quiritium* ? Il est vrai que ce texte appartient à la doctrine qui n'admet en aucun cas les contrats innommés. Mais qu'on admette ou non ces contrats, la revendication reste évidemment possible dans notre espèce ; et c'est là un résultat contraire à la notion même des contrats *do ut des, do ut facias*.

déduites des principes, se soient maintenues bien longtemps dans la pratique. Celui qui recevait *a domino* la tradition d'une *res mancipi*, et celui qui acquérait du légitime possesseur un fonds provincial, trouvaient l'un et l'autre dans le droit prétorien une protection certaine; et, comme ils avaient tous les avantages réels de la propriété, on dut s'habituer à les considérer comme propriétaires.

Ce n'est pas seulement, du reste, la translation d'un droit de pleine propriété, c'est aussi, bien évidemment, la constitution d'une servitude prédiale ou personnelle, qui fut considérée comme donnant naissance aux contrats *do ut des* ou *do ut facias*. Car là aussi on reconnaît une dation (L. 3, pr. de usuf. VII, 1). Mais faut-il en dire autant de la constitution d'un droit réel prétorien? Un texte formel (L. 19 § 1, h. t.) nous prouve que l'établissement d'une hypothèque pouvait former un contrat innommé, et rien ne nous empêche d'étendre cette décision à la concession d'un droit d'emphytéose ou de *superficie*. Mais faudra-t-il considérer ces droits réels prétoriens comme des dations ou comme des *facta?* Je penche plutôt vers cette seconde opinion.

Le mot *facere* est peut-être un peu plus délicat à définir que le mot *dare*. Un premier point me parait certain : c'est que *facere* ne désigne pas exclusivement les faits positifs, il comprend aussi les abstentions. Il équivaut à *facere aut non facere*. Tel est, en général, le sens de ce mot, soit qu'on l'applique à l'objet d'une obligation, soit qu'il figure dans l'*intentio* d'une formule d'action (L. 189, de verb. signif. L, 16. — L. 3, pr. de oblig. et art. XLIV, 7. — Gaius, IV, § 2. —

Inst. § 1, de act. IV, 6). En notre matière spécialement, la nécessité d'admettre ce sens large résulte d'un texte important que je vous expliquerai plus tard (L. 6, de trans. C. II, 4).

Un second point beaucoup plus essentiel à constater, c'est que tout fait n'est pas susceptible de donner naissance au contrat innommé. Je distinguerai deux ordres de faits, les faits juridiques, savoir ceux qui ont nécessairement pour but de créer, d'éteindre ou de modifier un droit, et les faits que j'appellerai naturels; par exemple, je fais un voyage dans votre intérêt, je mets ma chose à votre disposition. A l'égard des faits de cette seconde classe, et ces faits sont innombrables, il suffit qu'ils ne présentent rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, pour qu'ils puissent, s'ils sont accomplis en vertu d'une convention, constituer un contrat innommé. Quant aux faits juridiques, il importe de distinguer s'ils atteignent directement le but qu'ils se proposent, s'ils produisent immédiatement et par eux-mêmes un effet définitif et irrévocable. Supposons, par exemple, que me prétendant à tort ou à raison votre créancier, je finisse par abandonner ma prétention moyennant l'engagement par vous pris de me donner tel objet; cette transaction rentrera-t-elle dans les contrats innommés? Oui, si je vous ai fait remise par voie d'acceptilation; car il m'est impossible, mon action étant absolument éteinte, de revenir sur le sacrifice consenti. Non, si je me suis borné à un simple pacte *de non petendo;* ici, en effet, mon action n'est pas éteinte de plein droit; je puis encore l'exercer, et c'est même le seul moyen dont je dispose pour vous contraindre indirectement à l'exécu-

tion de votre engagement (1). Il faut donc que le fait juridique présente immédiatement un caractère absolu d'irrévocabilité légale. Mais il ne me paraît pas nécessaire que ce fait soit consacré par le droit civil lui-même ; et ceci nous explique pourquoi une constitution d'hypothèque suffit à faire naître le contrat innommé (L. 19, § 1, h. t.). L'hypothèque n'est garantie que par une action prétorienne ; mais, sitôt qu'elle est consentie, elle existe d'une manière irrévocable. Pour la même raison, la tradition d'un fonds provincial faite par le légitime possesseur, en supposant qu'on ne soit pas arrivé à l'assimiler à une dation, présente bien au moins le caractère d'un *factum* suffisant, le *tradens* n'ayant pas d'action pour revendiquer la chose. Mais je n'en dirais plus autant de la tradition d'une *res mancipi* faite *a domino ;* ici, en effet, le *tradens* reste armé *ipso jure* d'une action en revendication, action impuissante, je le veux bien ; mais le pacte *de non petendo*, lui aussi, ne laisse subsister, en principe, qu'une action impuissante, et cependant nous avons vu qu'il ne constitue jamais un *factum* suffisant. Il suit de là que le propriétaire qui aurait simplement livré une *res mancipi* pour obtenir en retour une autre prestation, revendiquerait utilement sa chose, si l'acquéreur ne voulait pas exécuter la convention (2).

En résumé, il faut entendre par dation toute translation *ipso jure* d'un droit de propriété quiritaire plein ou partiel ; par faits, d'abord les faits naturels nécessairement ineffaçables une fois accomplis, puis ceux des

(1) Voir mon *Étude sur la transaction* (Nos 11 et 14).
(2) Voir la loi 1, C. de dol. mal. *in fine*.

faits juridiques que les principes du droit consacrent immédiatement et absolument.

Voilà quelles sont les prestations susceptibles de faire naître le contrat innommé. Quant aux prestations réciproques que ce contrat tend à obtenir, elles consistent aussi en une dation ou en un fait, soit naturel, soit juridique. Seulement, s'il s'agit d'un fait juridique, il ne me paraît plus nécessaire que ce fait soit de nature à opérer de plein droit. Ainsi, je fais une dation en vue d'obtenir un simple pacte *de non petendo*, le contrat est certainement formé.

Dans tous les cas où l'on reconnaît l'existence d'un contrat innommé, les jurisconsultes disent qu'il y a *negotium gestum,* expression qui indique une affaire conclue d'une manière certaine, évidente, et qu'en conséquence on ne saurait appliquer à un simple pacte (L. 15, h. t.). Ce *negotium*, on l'appelle *civile* (L. 1, pr. de æstim. XIX, 3). On l'appelle aussi *novum* (L. 22, h. t.) : double allusion à ce que la création de ces contrats est l'œuvre des prudents et à ce qu'ils ne rentrent pas dans les cadres du droit ancien.

Enfin, ce n'est pas arbitrairement que nous appliquons à ces *negotia nova* la qualification de contrats innommés. D'abord, que les Romains y aient vu des contrats, c'est ce que le langage des textes ne permet pas de révoquer en doute (L. 7, § 2, de pact... L. 8, 9, 19, pr. h. t.). Quant à l'expression même de contrats innommés, je vous ai déjà avertis que, si elle n'est pas romaine, elle est néanmoins suggérée par les indications les plus positives. En effet, il résulte bien de la loi 7, § 1 et 2, *de pactis,* que, parmi les conventions munies d'actions, ce qui est synonyme de contrats, les

unes ont été nommées et les autres ne l'ont pas été. Plus précisément encore, la loi 3 de notre titre parle de contrats *quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.*

Maintenant est-il vrai que la langue juridique des Romains manque d'une expression pour désigner en bloc tous ces contrats dont aucun ne possède une dénomination spéciale? Plusieurs textes du Digeste (L. 9, pr. de re cred. XII, 1. — L. 1, § 6, de pecun. const. XIII, 5. L. 18, pr de acceptil. XLVI, 4.) opposent les uns aux autres des *contractus certi* ou contrats déterminés et des *contractus incerti* ou contrats indéterminés. Mais ils ne s'expliquent pas sur le sens précis de ces deux expressions. Il me paraît probable, et telle était l'opinion de Cujas, que les *contractus certi* sont ceux qui figurent sur la liste du droit civil, ceux sur l'existence desquels aucun doute n'a jamais pu s'élever, ceux enfin qui, selon le langage des textes, sont désignés par un *proprium nomen* (L. 7, § 1, de pact. — L. 1, pr. h, t.), tandis que les *contractus incerti* seraient précisément ceux auxquels manque un nom spécial. Si tel est le sens de l'expression *contractus incerti*, et j'essaierai bientôt de l'établir, les commentateurs anciens auraient pu se dispenser de forger l'expression barbare de *contractus innominati.* Il faut reconnaître néanmoins que cette expression présente plus de netteté que celle des Romains.

Du reste, ces expressions *contractus incertus, contrat innommé*, font simplement allusion au mode de formation et au caractère nouveau du contrat : elles n'impliquent pas nécessairement une lacune dans la langue ordinaire. Il n'est donc pas rare qu'un contrat

que nous qualifions innommé ait reçu dans l'usage une désignation consacrée. Ainsi l'échange, le partage, la transaction, l'*æstimatum*, le précaire figurent parmi les contrats innommés, et vous voyez que pourtant je vous les nomme. Ce sont, dis-je, des contrats innommés, parce qu'ils ne revêtent ce caractère de contrats qu'à la condition d'une prestation réelle exécutée en suite de la convention. Ce qui, d'ailleurs, vous montre bien que ce ne sont pas là des dénominations véritablement juridiques, c'est, par exemple, que le partage n'est qu'une variété de l'échange; que la transaction, contrat innommé dans certains cas, peut très-bien revêtir la forme d'un autre contrat et quelquefois ne pas devenir contrat du tout.

De la définition précédemment donnée des contrats innommés, il paraît résulter que ces contrats seraient forcément unilatéraux : et voici, en effet, comment on pourrait être tenté de raisonner : nous nous trouvions primitivement en présence d'un pacte synallagmatique, mais nu : l'une des parties, en l'exécutant, a obligé l'autre partie, mais elle-même ne s'est obligée à rien. Et il ne faudrait pas dire que cette exécution unilatérale ait eu pour but l'acquittement d'une obligation. La vérité est que l'auteur de la prestation a entendu non pas se délier, mais lier l'autre partie. Avant cette prestation il n'avait rien à faire ; après cette prestation, il n'aura rien à faire non plus. Donc le contrat, c'est une nécessité et une conséquence de son mode de formation, sera unilatéral. Cette argumentation, qui a séduit de bons esprits, ne me paraît pas décisive. Et je suis convaincu que les contrats innommés sont toujours synallagmatiques, ou, ce qui revient au même, traités comme tels.

D'abord, tout en reconnaissant qu'en fait l'existence simultanée de deux obligations sera chose fort rare, et qu'en général celui qui forme le contrat devient purement et simplement créancier, je crains qu'il n'y ait quelque exagération à soutenir que les deux parties ne puissent jamais se trouver obligées l'une et l'autre à la fois. Supposons un contrat *do ut des* : Je vous ai donné ma maison pour que vous me donniez votre ferme. Or, cette maison, parfaitement franche et libre au jour de la convention, je l'ai grevée d'une servitude avant de vous la livrer; la dation est faite néanmoins, et la formation du contrat me paraît incontestable. Dira-t-on que je vous ai obligé à me livrer la ferme, sans m'obliger à vous faire raison du préjudice résultant de la servitude? Non, à coup sûr; la coexistence, en fait, des deux obligations se comprend donc à merveille, lorsque l'exécution unilatérale qui donne naissance au contrat n'a pas été suffisamment complète (1). Tout à l'heure, vous la verrez bien plus facilement intelligible et plus fréquente encore dans d'autres hypothèses où pourtant l'exécution a été complète.

Mais qu'on écarte, si l'on veut, cette circonstance de fait, assez décisive néanmoins; et voici ce que je dirai : celui qui le premier donne exécution au pacte pouvait sans nul doute se dispenser de l'exécuter; mais une fois l'exécution faite, on la considère après coup comme accomplie *ex debito*. Plus exactement encore, il s'est obligé et libéré au même instant et par le même fait. Comment comprendre, en effet, qu'il ait eu l'intention

(1) Ce point de vue ressort bien de la loi 19 § 5, de œdil. edict. (XXI, 1). — Voir ci-dessous huitième conférence.

d'obliger la partie adverse, sans consentir à s'obliger lui-même ? On le comprend si peu qu'on exige de cette double intention la manifestation la plus énergique : il n'acquiert une créance qu'en s'obligeant lui-même, et il ne prouve sa volonté de s'obliger lui-même qu'en l'exécutant immédiatement. A vrai dire, ce n'est plus le pacte, c'est le contrat lui-même qu'il exécute en le formant. La justesse de ce point de vue ressort de la décision de Paul sur la question des risques dans le contrat *do ut des* (L. 5, § 1, h. t.). Je vous ai donné des coupes pour que vous me donniez Stichus ; or, Stichus périssant par cas fortuit avant de m'avoir été livré, sur qui va tomber la perte? Sur moi seul, dit Paul, sur moi qui non-seulement ne puis vous demander aucuns dommages-intérêts, mais qui ne puis pas même répéter ma chose. Cette décision ne serait-elle pas dénuée de tout fondement rationnel, si l'on me considérait comme ayant livré les coupes sans les devoir ? Aussi la verrons-nous repoussée par certains jurisconsultes qui, n'acceptant pas le point de vue de Paul, voyaient dans la première dation une simple invitation à l'exécution d'une prestation réciproque (L. 16, de condict. caus. dat. XII, 4). En résumé, il faut dire que le pacte évidemment synallagmatique qui a précédé ou qui accompagne la formation du contrat lui imprime absolument sa propre nature. Et telle est bien l'idée comprise dans le mot συνάλλαγμα qu'Ariston applique aux contrats innommés (L. 7, § 2, de pact,). De même donc que la vente ne perd pas son caractère synallagmatique, parce que la chose vendue est immédiatement remise à l'acheteur ou même se trouve déjà entre ses mains, comme le suppose un texte des Institutes (§ 44, de divis. rer.

II, 1), de même le contrat innommé ne saurait être dépourvu du caractère synallagmatique sous ce prétexte qu'il n'a pu se former sans être exécuté d'un côté.

Si j'insiste sur cette question qui au premier aspect pourrait paraître une pure question de mots, c'est qu'elle préjuge et tranche par avance une autre question fort grave que nous rencontrerons bientôt : la question de savoir si l'action qui correspond aux contrats innommés, l'action *præscriptis verbis*, est de bonne foi ou de droit strict. La règle générale, c'est que les contrats purement unilatéraux aboutissent à des actions *stricti juris*, les contrats synallagmatiques à des actions de bonne foi (1). Nul embarras pour ceux qui croient au caractère synallagmatique de ces contrats : pour eux, l'action *præscriptis verbis* sera de bonne foi dans toutes ses applications. Les autres seront obligés de lui reconnaître, en principe, le caractère d'action *stricti juris*. Qu'ils ne reculent pas devant les textes fort nombreux qui conduisent à une solution contraire, je le veux bien : du moins, faudra-t-il qu'ils se rendent à l'évidence de certains textes qui pour des hypothèses spéciales mettent hors de toute discussion ce caractère de bonne foi (§ 28, de act. Inst. IV, 6. — L. 8, § 2, de precar. XLIII, 26). Les voilà donc conduits à

(1) Cette règle n'est posée nulle part d'une manière formelle, mais elle est appliquée partout. Qu'on parcoure la liste des actions de bonne foi, elles naissent toutes de contrats ou de quasi-contrats qui, soit immédiatement, soit après coup, rendent ou peuvent rendre les parties réciproquement créancières l'une de l'autre. Au contraire, quand l'action est de droit strict, c'est qu'il y a un créancier qui n'est que créancier, un débiteur qui n'est que débiteur. Gaius, en fait l'observaton pour les deux cas de stipulation et d'expensilation. (Gaius, III, § 137) ; et cette observation, vraie aussi du testament, du jugement, du *mutuum*, peut être généralisée pour toutes les sources d'actions *stricti juris*.

admettre que les contrats innommés sont tantôt synallagmatiques, tantôt unilatéraux. La bizarrerie de ce résultat nous fournit une nouvelle raison de reconnaître absolument le caractère synallagmatique de ces contrats, et c'est une doctrine que d'autres textes confirmeront.

Si nous nous attachions exclusivement aux hypothèses prévues par Paul dans la fameuse loi 5 qui pose la division des contrats innommés en quatre classes, nous croirions volontiers que tous les contrats innommés sont synallagmatiques parfaits. Parmi ces hypothèses, en effet, les unes ressemblent à la vente, d'autres au louage, d'autres à un double mandat. Ce point de vue néanmoins serait erroné. Certains contrats innommés sont synallagmatiques imparfaits ; si vous aimez mieux, c'est le pacte antérieur au contrat qui est synallagmatique imparfait ; mais pour moi les deux formules sont synonymes, puisque j'ai admis que le pacte communique son caractère au contrat. Dans cette catégorie rentrent les nombreux contrats innommés qui présentent de l'analogie avec le commodat et le dépôt. Et ici nous rencontrerons assez fréquemment des obligations existant à la fois à la charge de l'une et l'autre partie. La loi 1, § 9, depositi (XVI, 3) va nous fournir un exemple : un esclave ayant mérité d'être l'objet d'une surveillance spéciale, son maître le livre à un meunier en vertu de la convention suivante : le meunier surveillera l'esclave, le fera travailler et profitera de son travail, dont les produits seront considérés comme une rétribution de la *custodia*. Qui est obligé à la suite de ce contrat? C'est le meunier. Restituer l'esclave, voilà ce qu'il doit. Cependant,

si cet esclave venait à être gravement malade, si pour le faire traiter le meunier faisait des dépenses nécessaires, ne vous paraît-il pas que lui aussi deviendrait créancier, que lui aussi pourrait agir *præscriptis verbis?* Car le caractère imparfaitement synallagmatique du contrat ne se manifeste pas ici, comme dans les contrats nommés, par une action *contraria* opposée à une action *directa.*

On a poussé si loin cette idée que toutes conventions impliquant réciprocité des prestations, se transforment, par une exécution unilatérale, en contrats innommés, qu'on a fini par l'appliquer même aux donations *sub modo*, c'est-à-dire grevées de charges. Toutefois, cette application extensive de notre théorie ne paraît pas remonter à une époque fort ancienne. Et il résulte d'un texte d'Ulpien, que le jurisconsulte Ariston ne l'admettait pas, lui pourtant qui paraît avoir le premier dégagé et formulé avec précision la notion des contrats *do ut des* et *do ut facias,* ceux précisément dans lesquels rentrera presque toujours la donation *sub modo* (L. 18, pr. de donat. XXXIX, 5.) (1) : En cas d'inexécution des charges, les principes du droit ancien ne reconnaissaient au donateur que le droit de reprendre sa chose. Il avait dans ce but une *condictio* (L. 2, C. de cond. ob caus. dat. IV, 6). C'est dans un texte de Papinien que pour la première fois, à ma connaissance, la donation *sub modo* nous apparaît envisagée comme contrat innommé (L. 28, de donat. XXXIX, 5). Sous Dioclétien, plusieurs rescrits impé-

(1) « Aristo ait, quum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem « non contrahi eo casu quo donatio est ; et ita et Pomponius eum existimare « refert. »

riaux consacrent cette doctrine, et l'exécution du *modus* est incontestablement garantie par l'action *præscriptis verbis* (L. 8, C. de rer. permut. IV, 64. — L. 9 et 22, C. de donat. VIII, 54). Toutefois, je raisonne exclusivement dans la supposition de charges imposées au profit du donateur lui-même (1). Imposées en faveur d'un tiers, elles lui permettraient d'intenter une action utile sur la nature de laquelle j'aurai plus tard l'occasion de m'expliquer (2), mais qui me paraît absolument différente de l'action *præscriptis verbis*.

Enfin, quelle est l'action par laquelle on sanctionne l'obligation née des contrats innommés? Nous l'avons déjà rencontrée et nommée plusieurs fois, c'est l'action *præscriptis verbis*. En nous plaçant au troisième siècle, à l'expiration de l'époque classique, nous pouvons affirmer que partout où cette action apparaît dans les textes, c'est qu'on reconnaît un contrat innommé. On a fini par admettre entre ces contrats et l'action *præscriptis verbis* le rapport de cause à effet. Tel est bien, dans la loi 7 § 2 *de pactis*, le point de vue de Mauricianus et d'Ulpien. Tel est, dans les textes que nous devons étudier, celui de Justinien; tel sera aussi le nôtre. Dès à présent, néanmoins, je vous avertis que si nous remontons jusqu'au règne d'Auguste, déjà nous voyons Labéon donner en bien des cas l'action *præscriptis verbis*, une de ses créations peut-être, tandis que l'idée

(1) La loi 22, C. de donat., ne me contredit pas. Un père a fait une donation à son fils émancipé, sous la condition que le donataire paierait les dettes du donateur. Le fils manquant à cet engagement, c'est le père qui intente contre lui l'action *præscriptis verbis*, ce ne sont pas les créanciers. Mais il est trop évident que dans cette hypothèse, comme aussi dans celle que prévoit la loi 18, de donat. Dig.. la charge n'est imposée qu'en faveur du donateur, puisque le paiement fait aux créanciers le libérera lui-même.

(2) Voir ci-dessous quatrième conférence.

des contrats innommés n'est formulée qu'au commencement du second siècle, et encore d'une manière incomplète, par le jurisconsulte Ariston (L. 7, § 2, de pact.). Très-prochainement, nous étudierons la théorie de l'action *præscriptis verbis*, telle que nous la trouvons dans le dernier état de la doctrine; mais c'est seulement quand nous aurons terminé l'analyse des textes que j'essaierai de vous faire suivre la marche et le développement progressif de cette action jusqu'au jour où elle devint le signe infaillible et la sanction régulière de nos contrats.

Au surplus, il faut que vous le sachiez dès à présent, dans les contrats innommés des deux premières classes, dans ceux qui se forment par une dation, le créancier peut, au lieu de poursuivre l'exécution du contrat par l'action *præscriptis verbis*, intenter, à l'effet de recouvrer la propriété de sa chose, une action qu'on appelle *condictio ob rem dati*. Cette action, pleinement indépendante de l'idée de contrat, fut admise, vous le verrez, longtemps avant qu'on eût même entrevu la théorie des contrats innommés; mais vous verrez aussi qu'elle se modifia notablement sous leur influence. Je devrai vous parler également d'une autre action, appelée *condictio ex pænitentia*, qui se présente exceptionnellement dans certains contrats formés par une dation. Comme la précédente, cette *condictio* tend au recouvrement de la chose donnée; mais elle en diffère en ce qu'elle ne suppose ni mauvais vouloir ni négligence chez le débiteur, et en ce qu'elle aboutit à lui faire restituer non pas tout ce qu'il a reçu, mais simplement ce dont il s'est enrichi. Plus encore que le *condictio ob rem dati*, elle est étrangère à toute idée de contrat; ou pour

mieux dire, ces deux actions n'en faisaient qu'une dans le principe. La *condictio ob rem dati* n'est que l'ancienne *condictio ex pœnitentia* transformée depuis que la *datio ob rem* fut considérée comme formant un contrat; et la *condictio ex pœnitentia*, telle que nous la rencontrons dans le droit classique, n'est qu'un vestige et un débris d'une ancienne législation que la théorie nouvelle fit presque complètement disparaître. Ces indications plus que sommaires sur ces deux *condictiones* seront développées, soit dans notre prochaine réunion, soit plus tard à l'occasion de la loi 5, § 1 et 2, de notre titre.

3e CONFÉRENCE.

Je vous ai présenté, en résumé et à grands traits, la théorie des contrats innommés, telle qu'elle ressortira de l'étude analytique des textes. Ces résultats définitifs maintenant connus, il ne sera pas inutile de voir par quelle série d'idées ils ont réussi à se faire accepter. Je me propose donc aujourd'hui de vous faire assister au spectacle de la formation progressive de cette théorie; j'essaierai de rétablir son acte de naissance. Toutefois je ne dois pas vous dissimuler que nous entrons ici dans le domaine de l'hypothèse. Non que les textes appartenant à l'époque de l'élaboration de cette théorie soient fort rares; mais la compilation de Justinien, rédigée par des hommes qui étaient en possession du résultat, n'avait pas pour objet de faire ressortir la marche historique des idées : œuvre législative et pratique, elle ne devait formuler que les principes actuellement en vigueur, sans se préoccuper des dissidences et des luttes qui avaient précédé leur triomphe. Aussi pouvons-nous affirmer sans témérité qu'il dut entrer dans le plan de Justinien ou d'écarter d'une manière absolue les textes qui se référaient à des doctrines vieillies ou de ne les admettre que rajeunis par des corrections. Il nous faudra donc deviner beaucoup d'après des indications rares et vagues. Le principal secours nous viendra des imperfections mêmes

de l'œuvre de Justinien, je veux dire des divergences qu'il a laissé subsister entre certains textes, quelquefois de la maladresse de ses corrections rendues par là même trop apparentes. Outre cette première difficulté inhérente à la tâche que j'entreprends, j'en rencontre une seconde dans l'insuffisance notoire des travaux des interprètes, ordinairement moins préoccupés d'établir la génération de notre théorie que de fixer le sens de chaque texte. Je serai donc obligé de demander plus que je ne voudrais à mes conjectures personnelles; et c'est une raison pour que je ne vous propose mes conclusions qu'avec beaucoup de défiance.

Je distinguerai, dans l'histoire de la formation des contrats innommés, trois périodes que je vous indique d'abord sans développements.

1re *Période.*—Dans les deux *negotia do ut des* et *do ut facias*, on admettait l'auteur de la dation à répéter sa chose tant qu'il n'avait pas reçu la prestation convenue.

2e *Période.* — Pour les hypothèses où cette action n'était pas possible, on donna plus tard à la partie qui avait exécuté une action *de dolo* ou une action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo.*

3e *Période.* — Une idée toute nouvelle se fait jour. On finit par reconnaître un contrat dans chacun des quatre *negotia* prévus par Paul (L. 5, h. t.). Cela admis, une longue lutte s'engage entre les jurisconsultes sur la question de savoir quelle sera l'action attachée à ces contrats. Je vous tracerai dans un instant l'histoire sommaire de cette lutte.

Vous remarquerez bien qu'il est absolument impossible de fixer par des dates certaines le moment précis

où chacune de ces périodes commence ou finit. Ce sont bien moins des périodes chronologiques que les phases successives d'une évolution d'idées. Aussi verrons-nous que même parmi des jurisconsultes contemporains, tandis que les idées de l'un correspondent encore à la première ou à la seconde phase, d'autres sont déjà pleinement entrés dans la troisième. Bien plus, le même jurisconsulte manquera quelquefois d'unité de vues ; et admettant le contrat innommé dans tel des quatre *negotia* que vous connaissez, il refusera de l'admettre dans tel autre. Le mouvement, en un mot, ne s'opère pas avec un ensemble parfait.

1re *Période.* — Dans cette première période, on ne soupçonne pas d'autres contrats que ceux qui figurent sur la liste dressée par l'ancien droit civil. Est-ce à dire que quiconque a donné ou fait quelque chose *propter rem* soit dépourvu de toute protection légale? Cela est ordinairement vrai de celui qui a fait, cela serait généralement faux de celui qui a donné.

Envisageons d'abord les hypothèses *do ut des*, *do ut facias*. On autorise l'auteur de la dation à redemander sa chose, tant que l'autre partie, soit négligence, soit impossibilité, n'a pas satisfait elle-même à la convention. Dans ce but, il exerce une action personnelle appelée *condictio ob rem dati* ou *condictio causa data causa non secuta* (1). Cette action, je vous l'ai déjà dit, se conçoit pleinement indépendante de tout lien con-

(1) Ces expressions se trouvent notamment dans les rubriques des deux titres (C. IV, 6. — D. XII, 4.). Et elles sont très-faciles à expliquer. L'auteur de la dation poursuit un but, *dat ob rem*. En donnant, il veut motiver la prestation qu'il attend de l'autre partie, *dat causam*. Si cette prestation n'est pas exécutée, on dit : *causa non secuta est*. Le dation faite demeure sans cause.

tractuel : C'est un point essentiel à saisir et que trois textes vont mettre en lumière.

J'invoque d'abord la loi 65 § 4, *de condict. indeb.* (XII, 6), où je lis ce qui suit : « Ce que je vous ai donné en vue d'un but, par exemple pour obtenir un fait que vous n'exécutez pas, peut être répété *ex æquo et bono* (2) » Voilà qui est clair : cette *condictio* se rattache au principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Elle repose sur la même idée que la *condictio indebiti.* Je dirai même qu'elle était encore plus nécessaire : car, tandis que la *solutio indebiti* suppose chez celui qui paie une ignorance blâmable de l'état de ses affaires, la *datio ob rem* constitue un acte de confiance qu'il est difficile d'assimiler à une faute ; si vous aimez mieux, la *condictio indebiti* est dirigée contre un homme qui, ordinairement, n'a commis que la faute légère de se croire créancier quand on le lui affirmait, tandis que la *condictio ob rem dati* s'adresse presque toujours à une personne coupable de fraude. Elle est donc, plus manifestement encore que la *condictio indebiti,* basée sur une simple idée d'équité, et je suis très-porté à la croire non moins ancienne. Du moins, je ne sache aucun texte qui permette de préciser une époque où elle n'aurait pas existé.

Voici un second texte prouvant avec plus d'évidence encore, que cette *condictio* n'implique aucun contrat. Dans la loi 1, §§ 3 et 4, de rer. permut. (XIX, 4), Paul suppose qu'une personne a livré la chose d'autrui pour obtenir la dation d'une autre chose. Le contrat n'est pas formé, dit-il, faute de dation. Donc pas d'action,

(2) « Quod ob rem datur, ex æquo et bono habet repetitionem, veluti si dem tibi ut aliquid facias, nec feceris. »

præscriptis verbis. Mais, celui qui a livré la chose d'autrui, la répétera par la *condictio ob rem dati* (1). Comment comprendre cette application de notre *condictio*, si l'on ne veut pas qu'elle existe en dehors de tout contrat?

Un troisième texte, la loi 35, § 3, de mort. caus. donat. (XXXIX, 6). mettra cette idée hors de doute. Paul suppose qu'une donation *mortis causa* venant à être révoquée par la survie du donateur, celui-ci veut reprendre sa chose. A cet effet, dit le jurisconsulte, il exerce une *condictio quasi re non secuta ;* car cette *condictio* est admise, non-seulement lorsqu'une datiou a été faite en vue d'une prestation réciproque, mais aussi lorsqu'elle a été faite en vue d'un évènement dépendant du hasard, *ut aliquid obtingat* (2). Jamais pourtant les Romains n'ont considéré la donation *mortis causa* comme un contrat : et c'est pourquoi nous ne voyons pas qu'ils aient jamais autorisé le donateur à exercer

(1) L. 1, § 3. « Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.

« § 4. Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus quod interest nostra illam rem accepisse de qua convenit; sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta. »

Il me paraît impossible d'isoler la décision de ce § 4, et de le considérer comme statuant sur l'hypothèse d'une tradition faite *a domino*. Cette interprétation nous conduirait à mettre Paul en contradiction avec lui-même, puisqu'il refuserait ici au *tradens* l'action *præscriptis verbis*, qu'il lui accorde ailleurs sans la moindre hésitation (L. 5, § 1, de præscr. verb.). Je tiens donc pour certain que ce § 4 déduit une conséquence du précédent. Celui qui a livré la chose d'autrui, n'ayant pas formé le contrat d'échange, ne peut intenter l'action *præscriptis verbis* ; néanmoins la *condictio* lui demeure ouverte, parce que l'autre partie, n'exécutant pas, détient sans cause la chose reçue.

(2) L. 35, § 3, de donat. « Qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, quum convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani quin condictione repeti possit, quasi re non secuta, propter hanc rationem quod ea quæ dantur, aut ita dantur ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid obtingat ; et in istis condictio sequitur »

l'action *præscriptis verbis* pour faire valoir la révocation.

De ce que la dation *ob rem* aboutissait dans notre première période à une obligation depourvue de tout caractère contractuel, à une *condictio* fondée seulement sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, de là, dis-je, trois conséquences importantes devaient découler ; et ces conséquences vont jeter quelque lumière sur des points assez obscurs :

1re *conséquence*. J'ai le droit de reprendre ma chose, lors même que la partie avec qui j'ai traité n'aurait encore aucune négligence à se reprocher, lors même qu'elle se disposerait à exécuter la convention. En un mot, sitôt que j'ai donné, et tant qu'il n'y a pas de sa part exécution consommée, je puis librement revenir sur ma dation. Et de là l'origine de ce *jus pœnitendi*, sur lequel plane encore tant d'obscurité. Je n'hésite pas à croire que dans le principe la *condictio ob rem dati* et la *condictio ex pœnitentia* n'étaient qu'une même action. Mais l'idée de contrat une fois admise, la *condictio* ne dut rester possible qu'autant que la partie obligée aurait à s'imputer l'inexécution de la convention. Quant au *jus pœnitendi*, véritable négation de toute idée de contrat, de tout lien obligatoire, il dut disparaître, et selon moi, il disparut en effet. On le conserva seulement dans quelques hypothèses spéciales où son introduction s'expliquerait très-rationnellement, où son maintien s'explique mieux encore, quand on admet qu'il avait existé autrefois d'une manière plus générale.

2e *conséquence*. La chose que j'ai donnée venant à périr complètement sans le fait de la partie adverse, je n'ai plus aucune action. S'agit-il seulement d'une perte

partielle ou d'une détérioration quelconque, mais toujours étrangère au fait de la partie, je conserve bien la *condictio;* mais je ne demanderai la chose que dans l'état où elle se trouve actuellement; et encore que la perte ou la détérioration fussent imputables à la négligence de la partie, il me serait impossible de l'en rendre responsable. Pourquoi cela? parce que la personne tenue d'une *condictio*, n'est pas obligée *ad faciendum* : Elle répond de ses faits actifs, non pas de ses omissions et négligences (L. 91, pr. de verb. oblig. XLV, 1) (1).

3e *Conséquence.* En nous plaçant spécialement dans l'hypothèse *do ut des*, si la chose que vous devez me donner périt entre vos mains, même par un cas purement fortuit, je puis néanmoins encore intenter la *condictio ob rem dati.* Je le puis, parce qu'il n'y avait pas de contrat, parce qu'il reste vrai de dire que le but par moi poursuivi n'a pas été atteint. Et ceci vous donne la seule explication, selon moi sérieuse, d'une décision célèbre du jurisconsulte Celsus (L. 16, de cond. caus. dat. XII, 4). Je vous ai donné de l'argent pour que vous me donniez l'esclave Stichus. Celsus, je vous expliquerai pourquoi, se refuse à voir dans cette hypothèse une vente; il n'y voit autre chose qu'une *datio ob rem*, et il

(1) Il ne faudrait pas expliquer ce résultat par la loi Aquilia, qui, elle non plus, n'atteint pas les simples négligences. Car elle ne prévoit que le dommage causé à la chose d'autrui, et ici le dommage est l'œuvre du propriétaire lui-même.

Il est à remarquer, du reste, qu'avant l'introduction de l'action *de dolo,* le débiteur tenu d'une *condictio* échappait à la responsabilité de bien des faits actifs. Si par exemple il avait grevé la chose de servitudes, et plus généralement s'il s'agissait d'un dommage qui ne tendît pas à la détruire matériellement, la *condictio* était impuissante; sans cela on n'eût pas senti la nécessité d'appliquer dans de telles hypothèses l'action *de dolo* (L. 7, § 3, de dol. mal. IV, 3).

en tire cette conséquence que la perte fortuite de Stichus ne m'empêchera pas de répéter la somme donnée. Or, cette décision est tout-à-fait contraire à celle que donne Paul (L. 5, § 1, præscr. verb.).

J'aurai plus tard à vous exposer quelques-uns des nombreux essais de conciliation qu'on a tentés, et vous verrez que ces essais sont tous fort peu satisfaisants, tous empreints d'arbitraire ou de déraison. Pour moi, l'antinomie s'explique facilement de la manière suivante : Paul, considérant la *datio ob rem* comme génératrice d'un contrat, applique la règle générale qui met les risques de la chose due à la charge du créancier. Dans sa pensée, l'esclave Stichus m'est dû ; par conséquent, s'il périt, c'est moi qui supporte la perte. Pour Celsus, au contraire, la *datio ob rem* n'a fait naître aucun contrat. Stichus ne m'est pas dû, et je n'ai jamais eu à mon service aucune action pour le demander. Ce qui m'est dû, c'est précisément la chose même que j'ai donnée. Donc la perte de Stichus ne saurait m'empêcher de répéter ma chose. Mais conséquemment á cette doctrine, et comme nous l'avons vu tout-à-l'heure, la perte ou la détérioration fortuite de la chose par moi donnée seraient à ma charge. La règle générale sur les risques aboutit donc à des résultats tout-à-fait inverses, selon qu'on considère la dation *ob rem* comme faisant naître une simple obligation de rendre la chose reçue, ou au contraire une obligation de fournir la prestation convenue. Le point de vue que j'attribue à Celsus me paraît d'autant plus probable que ce jurisconsulte vivait sur la fin du premier siècle, à une époque où la doctrine des contrats innommés n'avait encore reçu ni une organisation complète ni

une formule positive, et où elle devait rencontrer beaucoup de résistance, puisque sur certains points elle en rencontrait encore un siècle après. Si les interprètes se sont évertués à la poursuite d'une conciliation impossible, c'est qu'ils n'ont pas tenu un compte suffisant des dates, c'est qu'ils se sont laissé dominer par deux idées fausses, savoir que la théorie des contrats innommés aurait été admise d'ensemble et au même instant par tout le monde, et que les Pandectes formeraient un tout parfaitement harmonique. Il est plus simple de reconnaître que la décision de Celsus se rattache à une doctrine sans racines dans la législation de Justinien. Remercions toutefois la maladresse des compilateurs qui nous l'ont conservée, car elle devient pour nous un trait de lumière.

De ces trois conséquences de la non-existence du contrat, la première et la troisième sont favorables à l'auteur de la dation, la seconde lui est contraire. Mais toutes les trois, les deux premières surtout, sont profondément regrettables ; toutes les trois accusent le principe qui les engendre logiquement.

Que si nous passons aux *negotia facio ut des, facio ut facias,* nous n'y trouverons pas même cette satisfaction approximative que donnait à l'équité la *condictio ob rem dati* dans les deux précédentes hypothèses. D'une part, le contrat manque, donc pas d'action *ex contractu ;* d'autre part, la répétition d'un fait accompli est matériellement impossible, donc pas de *condictio ob rem dati.* Dans quelques cas assez rares, les principes généraux du droit fournissaient à l'auteur du *factum* une protection sans doute imparfaite, mais réelle. Supposez par exemple une acceptilation, fait

que les jurisconsultes assimilent assez volontiers à une dation. Supposez encore un *factum* consistant en une tradition faite dans un but déterminé, mais en une tradition qui, n'ôtant pas la propriété au *tradens*, oblige l'*accipiens* à restituer. Tel est le cas où je livre ma chose à quelqu'un pour l'examiner et en vérifier la valeur. Dans ces cas et autres pareils, il est clair que l'auteur de l'acceptilation pouvait exercer la *condictio*, et l'auteur de la tradition la *rei vindicatio*. Mais si la chose venait à périr ou à se détériorer sans la faute de l'*accipiens*, encore que l'inexécution de la convention lui fût imputable, les risques ne tombaient pas sur lui, parce qu'on faisait abstraction complète de la convention et qu'on s'attachait exclusivement aux règles de la revendication.

Deuxième période. — On fit donc un pas vers une théorie plus rationnelle, plus équitable. On chercha un moyen de protéger l'auteur de la dation ou du *factum* dans les cas où nous avons vu que cette protection lui faisait défaut d'après les anciens principes. On admit que dans les *negotia facio ut facias*, *facio ut des*, l'action *de dolo* appartiendrait à l'auteur du *factum*, si l'exécution de la prestation réciproque lui était refusée. On admit cette même action pour les deux autres hypothèses, alors que la perte fortuite de la chose donnée rendait la *condictio* impossible. Reste à trouver dans les textes la justification de ces diverses assertions; et c'est chose possible, comme vous allez vous en convaincre.

En ce qui concerne le *negotium facio ut des*, Paul, contrairement à la doctrine qu'il professe sans hésiter dans les trois autres hypothèses, se refuse à recon-

naître ici l'existence d'un contrat quelconque. Et en conséquence, il donne à l'auteur du *factum* l'action *de dolo,* refuge suprême de ceux que l'on veut à tout prix munir d'une action (L. 5, § 3, h. t.). Cette doctrine était avant Paul celle de Pomponius (L. 16, § 1, h. t.), et elle se rencontre encore dans une Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien. Il a été convenu que j'affranchirais mon *ancilla,* et que vous me donneriez à sa place un autre esclave. J'ai fait l'affranchissement, vous n'exécutez pas la dation, j'aurai l'action *de dolo* (L. 4, C. de dol. mal. II, 21). Enfin cette doctrine apparaît encore, mais considérablement mitigée, dans deux autres textes sur lesquels je reviendrai tout-à-l'heure, parce que je les considère comme marquant pour le *negotium facio ut des* la transition de la seconde à la troisième période (L. 5, § 2, in fine. — L. 15, in fine, h. t.).

A l'égard des *negotia facio ut facias,* les textes me manquent pour établir directement qu'ils furent à une certaine époque sanctionnés par l'action *de dolo.* Mais c'est une conclusion qui résulte par analogie de la marche suivie pour le *negotium facio ut des.* Au surplus, un texte d'Ulpien que nous retrouverons ultérieurement, nous prouve qu'à l'époque et d'après la doctrine de Labéon, l'auteur du *factum* demeurait, en principe, dépourvu de toute action contractuelle, tandis que Pomponius et Ulpien lui donnent sans hésiter l'action *præscriptis verbis* (L. 9, § 3, de dol. mal. IV, 3). Le texte suppose que Titius, voulant revendiquer de l'huile qui m'appartient, je la dépose chez Séius et le charge de la vendre pour en garder le prix et le restituer à la partie gagnante. Puis Titius refuse d'engager le pro-

cès avec moi. Labéon ne me donne aucune action contre Séius ; mais il me permet d'agir *de dolo* contre Titius. Cela ne prouve-t-il pas que l'action *de dolo* lui paraissait la seule ressource possible au profit de l'auteur du *factum ?* S'il ne la donne pas ici contre la partie elle-même, mais contre un tiers, c'est que la convention paraît avoir été faite dans l'intérêt exclusif de ce tiers, et que lui seul est vraiment coupable de dol.

J'ajoute que l'absence de textes complètement justificatifs de ma manière de voir s'explique très-bien en ce que l'idée de contrat ne fut pas ici l'objet d'une aussi longue et aussi opiniâtre résistance que pour le *negotium facio ut des.*

Je vous ai dit enfin que les *negotia do ut des, do ut facias,* purent eux-mêmes, dans des circonstances toutes spéciales, aboutir à une action *de dolo.* Pour comprendre ce résultat, vous n'avez qu'à supposer deux choses : d'une part, l'*accipiens* a pu exécuter la convention, et il a négligé de le faire ; d'autre part, la chose dont il est devenu propriétaire a péri entre ses mains précisément depuis qu'il est en retard d'exécuter. Vous pouvez encore imaginer qu'il a aliéné la chose, et ici il sera inutile de distinguer si au jour de l'aliénation il avait pu ou non exécuter la convention. La constitution précitée de Dioclétien et Maximien confirme pleinement ce que j'avance (1). Un homme avait

(1) L. 4, C. de dol. mal. « Quum proponas inter te et eum quem in « contubernio ancillam tuam sibi conjunxisse memorasti, placuisse ut tibi « pro eadem daret mancipium, intelligis quod, si manumisisti, vel ei tra- « didisti et ille manumisit, revocandæ libertatis potestatem non habes, sed « solum, si necdum statutum tempus excesserit, et fidem placiti rumpat, « desiderare debes de dolo tibi decerni actionem. Quod si penes te dominium « ejus remansit, adito præside provinciæ, cum natis hanc potes recuperare,

des relations avec l'*ancilla* d'autrui. Pour assurer la liberté de ces relations, il était convenu avec le propriétaire que cette esclave lui serait donnée, et qu'en retour il fournirait lui-même une autre esclave. Il avait reçu l'*ancilla* et l'avait affranchie : de son côté, il n'exécutait pas la convention. Les empereurs décident qu'il est tenu de l'action *de dolo*. En effet, l'esclave donnée, s'il est vrai qu'elle n'a pas cessé d'exister physiquement, est sortie de l'esclavage ; elle a cessé d'être une chose pour devenir une personne. En un mot, il y a eu perte juridique de la chose donnée, et la *condictio* est devenue complètement impossible par l'irrévocabilité de l'affranchissement.

Que l'insertion au Digeste et au Code des différents textes précités constitue une bévue législative, un véritable anachronisme, on ne saurait le nier, puisque toutes les hypothèses qu'ils prévoient rentrent sous Justinien dans les contrats innommés. Ces textes néanmoins sont précieux : ce sont des débris qui nous révèlent une théorie intermédiaire entre le droit primitif et la doctrine définitive. Les jurisconsultes, ne songeant pas encore à reconnaître des contrats nouveaux, raisonnaient probablement ainsi : Celui qui n'exécute pas la convention, ou a commis un dol dès le principe, ou en commet un aujourd'hui par cela même qu'il n'exécute pas,

« si nulla moveatur status quæstio. »

Cette dernière phrase fait allusion au cas où l'esclave aurait été simplement livrée, mais non émancipée. Ici le *tradens* resté *dominus ex jure Quiritium* peut intenter la *rei vindicatio :* l'action *de dolo* n'est donc pas nécessaire, Si ce texte n'était pas tout entier conçu en dehors de la doctrine des contrats innommés, la dernière phrase prouverait péremptoirement que ces contrats ne peuvent se former par la simple tradition d'une *res mancipi*.

et qu'il garde le profit de l'exécution reçue. Donc il sera tenu de l'action *de dolo* (1).

J'ai affirmé que dans les diverses hypothèses qui nous occupent cette action n'avait pas toujours été admise, qu'elle fut de beaucoup postérieure à la *condictio ob rem dati*, et qu'en conséquence, là où manquait soit cette *condictio*, soit la *rei vindicatio*, on demeura longtemps sans protection d'aucune espèce. Tout ceci n'a pas besoin d'une longue démonstration : il suffit de se rappeler que l'action *de dolo* est d'origine prétorienne. Elle est donc postérieure et à la *rei vindicatio* et aux *condictiones*, spécialement à la *condictio ob rem dati* dont il nous a paru impossible de préciser la date. D'autre part, cette application de l'action *de dolo* précéda nécessairement la conception des contrats innommés, et elle dut disparaître progressivement au fur et à mesure que cette idée se faisait accepter : car jamais contrat n'engendra l'action *de dolo*, action dont l'exercice est toujours empêché par l'existence d'une action contractuelle (L. 7, § 3, de dol. mal. IV, 3).

Maintenant, comment se fait-il qu'on ne se soit pas contenté de cette action *de dolo*? D'abord cette action pouvait paraître tout à la fois trop douce et trop sévère : trop douce, parce qu'elle était annale et intransmissible contre les héritiers; trop sévère, parce qu'elle emportait infamie contre le défendeur condamné. En outre, lorsque l'exécution était devenue impossible par la simple négligence d'une partie à

(1) Ici comme partout, l'action *de dolo* devait être remplacée par une action *in factum*, lorsqu'il y avait entre les parties une relation qui s'opposait à l'exercice d'une action infamante, par exemple quand le défendeur était l'ascendant ou le patron du demandeur.

laquelle on ne pouvait reprocher ni dol ni fait assimilable au dol, lorsque de plus cette partie n'avait retiré elle-même aucun profit de la convention, il n'y avait guère moyen de la soumettre à une action *de dolo* (1). En un mot, cette action ne sanctionnait pas la convention ; elle en faisait, au contraire, pleine abstraction, et c'est pourquoi ni l'équité ni la méthode n'étaient pleinement satisfaites.

Troisième période. — On finit donc par où l'on aurait dû commencer. On s'aperçut qu'il serait fort raisonnable de considérer la dation ou le fait accomplis comme constitutifs d'un contrat : toutefois ce ne fut pas un jour ni sans résistance que cette idée triompha. Elle y mit trois siècles.

Plusieurs textes (L. 1, § 1.—L. 19, pr. h. t.—L. 50, de contr. empt. XVIII, 1), nous permettent de conjecturer que Labéon, le premier ou l'un des premiers, conçut l'idée des contrats innommés. Ce n'est pas lui qui dégagea théoriquement cette idée ni qui la généralisa dans une formule scientifique : mais il sut lui obéir et l'appliquer. En effet, les textes nous prouvent que dans plusieurs hypothèses il donnait une action contractuelle d'un caractère nouveau, l'action *præscriptis verbis :* c'est donc que dans ces hypothèses il entrevoyait des contrats nouveaux eux-mêmes. Qu'il ait imaginé l'action *præscriptis verbis*, cela est d'autant plus croyable que fort, nous dit Pomponius (L. 2, § 47., de orig. jur. 1, 2), de la conscience de son génie et de son

(1) C'est ce qui ressort assez clairement d'un texte où Ulpien raisonnant sur le *negotium facio ut des* et admettant quant à lui l'action *præscriptis verbis*, fait allusion à la doctrine de ceux qui croient l'action *de dolo* possible *ubi dolus aliquis arguatur.* (L. 15, in fine, h. t.)

savoir, il ne craignit pas d'introduire dans la jurisprudence de nombreuses innovations. Et certes, c'était là une innovation considérable bien digne d'un jurisconsulte qui, comme nous l'apprend le même Pomponius, avait élargi ses conceptions juridiques par l'étude des autres branches de la science. Néanmoins, il faut croire que la théorie ébauchée par Labéon, formulée et complétée par ses successeurs, n'avait pas encore complétement triomphé au temps de Dioclétien, puisque je vous citais tout à l'heure une constitution de ce prince qui la méconnait encore (L. 4, C. de. dol. mal.). Il est vrai que dans mon opinion, cette constitution, contraire à plusieurs autres décisions des princes antérieurs et de Dioclétien lui-même, ne saurait être considéré que comme l'expression de la pensée individuelle de son rédacteur. Elle prouve néanmoins que trois siècles écoulés depuis Labéon n'avaient pas vaincu toutes les résistances. Examinons quelle fut pendant ce long intervalle la marche des idées. Deux questions étaient posées : 1° Admettrait-on l'existence d'un contrat dans les diverses hypothèses *do ut des*, etc.? Ceci était avant tout, vous l'avez déjà vu, une question d'équité. C'était aussi une question de méthode : car il est peu raisonnable de confondre dans une même catégorie des obligations qui naissent à la suite d'une convention exécutée par l'une des parties et des obligations résultant d'une prestation indépendante de toute convention. 2° En supposant l'existence du contrat admis, quelle action donnerait-on? Ceci n'était plus qu'une question de méthode, comme vous allez vous en convaincre bientôt.

Avant d'examiner les diverses réponses que ces deux questions reçurent, je crois devoir écarter comme trop

absolue, comme trop peu confirmée, quelquefois même démentie par les textes, l'idée vulgaire d'un dissentiment radical entre les deux écoles. D'une part, il n'est pas vrai que tous les Proculiens aient reconnu des contrats innommés et admis pour les sanctionner l'action *præscriptis verbis*. Rappelez-vous l'interprétation que je vous donnais, il n'y a qu'un instant, de la loi 16, *de cond. caus. dat.* Le Proculien Celsus, auteur de ce texte, s'écarte absolument de la doctrine générale de son école. D'autre part, je doute fort que les Sabiniens aient opposé à l'admission des contrats innommés une résistance bien énergique, bien longue, unanime surtout. Sur une même hypothèse, les deux écoles s'accordaient, en général, à reconnaître ou à rejeter l'idée de contrat. C'est seulement sur la manière de consacrer le contrat que la dissidence éclate. Plus attachés aux dénominations anciennes, les Sabiniens repoussaient l'action nouvelle introduite par Labéon et donnaient pour chaque espèce une action *in factum* calquée sur l'action du contrat nommé le plus analogue. Encore serait-il plus que téméraire d'affirmer que sur ce point la doctrine Proculienne n'ait pas rallié quelques Sabiniens : Pomponius, notamment, fait une éclatante exception aux traditions de son école. C'est qu'en effet il n'était pas logique de confondre avec les anciens contrats du droit civil ces contrats nouveaux qui se formaient d'une tout autre manière : il était plus naturel de les distinguer par une action spéciale ayant son caractère et ses règles propres. On évitait ainsi bien des discussions : car il pouvait arriver que le même contrat innommé présentât de l'analogie avec plusieurs contrats nommés et qu'en conséquence on fût embar-

rassé sur le choix de l'action à donner. C'est cette supériorité de la doctrine Proculienne au point de vue de la méthode, qui devait à la longue en assurer le triomphe.

Voyons sommairement, pour chacune des quatre catégories prévues par Paul (L. 5, l. t.), comment ce résultat fut obtenu :

1° *Negotium do ut des.* — Pour cette hypothèse, vous savez tous que les chefs de l'école Sabinienne, Sabinus et Cassius, allaient plus loin que leurs adversaires. L'échange n'était pour eux qu'une variété de la vente, d'où il résultait que la simple convention d'échange revêtait le caractère de contrat et emportait obligation. Et c'est probablement l'équité de ce résultat qui fit persister assez longtemps leurs disciples dans une doctrine en elle-même peu soutenable. La controverse durait encore au temps de Gaius (III, § 141). Cependant son contemporain Pomponius, Sabinien comme lui (1), admettait ici l'action *præscriptis verbis* (L. 18, § 2, famil. ercisc. X, 2). Cinquante ans plus tard, au temps de Paul, la doctrine Proculienne avait prévalu. Le contrat d'échange ne se formait que par une dation et était sanctionné par l'action *præscriptis verbis* (L. 1, § 2, de rer. permut. XIX, 4. — L. 5 § 1, h. t.). C'était la doctrine presque universelle.

2° *Negotium do ut facias.* — Ici le contrat innommé et l'action *præscriptis verbis* sont admis sans hésiter par Ariston et Nératius, deux Proculiens d'une époque assez ancienne (L. 7, § 2, de pact. — L. 6, h. t.). Pom-

(1) C'est ce qu'on peut conclure de certains textes, notamment de la loi 39, de stipul. serv. (XLV, 3.) La décision de Pomponius que je cite ici sera expliquée plus loin. (V. pages 57 et 58.).

ponius professe aussi la même doctrine (L. 16, pr. h. t.). faut-il en conclure que la généralité des Sabiniens adhérât à cette manière de voir? Aucun texte, à ma connaissance, ne laisse même présumer qu'ils aient répoussé ici l'idée de contrat. Luttèrent-ils du moins contre l'action *præscriptis verbis*? Je n'en trouve nulle part la preuve bien précise; mais sans nul doute, les mêmes raisons qui conduisaient les Sabiniens à rejeter l'action *præscriptis verbis* en cas d'échange, devaient les empêcher de l'admettre ici. Du reste, la manière même dont Paul prend soin de constater que le contrat *do ut facias* s'écarte absolument du louage, nous permet de croire que l'opinion inverse avait eu ses adhérents (L. 5, § 2, h. t.). Seulement, il ne paraît pas qu'aucune tentative ait été faite pour confondre entièrement le contrat *do ut facias* avec le louage, de même qu'on avait essayé de confondre l'échange avec la vente. Et il est vraisemblable que dans l'opinion générale des Sabiniens l'auteur de la dation devait agir par une action *in factum* semblable á l'action *conducti*.

3° *Negotium facio ut facias*. — Ici la résistance fut plus accentuée. Ce n'est pas l'idée de contrat que les Sabiniens repoussèrent. Telle est du moins la conclusion que me suggère un texte où Gaius, prévoyant une hypothèse de ce genre, se demande s'il y a louage (Gaius, III, § 144.). A ses yeux, la question n'est donc pas de savoir s'il existe un contrat, mais quel contrat. C'est seulement l'action *præscriptis verbis* que les Sabiniens écartaient. J'excepte encore Pomponius (L. 9. § 3 de dol mal. IV, 3). Probablement la divergence fut d'assez longue durée. En effet, c'est à propos

d'une hypothèse rentrant dans ce *negotium* que Paul développe la division des contrats innommés en quatre classes. Il finit par donner, non sans quelque hésitation, l'action *præscriptis verbis*. Mais de l'insistance avec laquelle il expose les raisons qui pouvaient faire admettre et celles qui doivent faire exclure l'idée de mandat, on peut bien conclure que plusieurs jurisconsultes avaient donné et peut-être donnaient encore une action *in factum* analogue à l'action *mandati* (L. 5, pr. § 4, h. t.).

4° *Negotium facio ut des.* — C'est ici que la résistance se prolongea avec le plus d'énergie, ici que nous rencontrons le plus de confusion dans les textes et de diversité dans les opinions. Nous avons déjà vu que Pomponius et Paul qui dans les trois autres hypothèses acceptent l'action *præscriptis verbis* ne reconnaissent plus ici même l'existence d'un contrat. Attardés dans les idées qui furent celles de la seconde période, ils donnent sans distinction l'action *de dolo* (L. 16 § 1, L. 5 § 3, h. t.). En dehors de cette opinion, si nous examinons l'état des idées au second siècle, nous y pouvons démêler ou tout au moins soupçonner sur le *negotium facio ut des* jusqu'à quatre points de vue plus ou moins différents :

Ariston rejetait ici, c'est Pomponius qui nous l'apprend, l'action *præscriptis verbis* (L. 16 § 1, h. t.). Nous savons, en effet, que c'est seulement pour les deux hypothèses *do ut des*, *do ut facias*, qu'il avait nettement dégagé l'idée d'un contrat spécial. Mais il se demandait s'il ne fallait pas admettre une action *in factum*, j'entends une simple action *in factum*, n'ayant aucun caractère contractuel, et non pas une

action utile calquée sur une action nommée. Car si Ariston avait aperçu dans notre hypothèse les éléments d'un contrat, il n'aurait certainement pas hésité à le garantir par l'action *præscriptis verbis.*

Gaius, postérieur à Ariston, prévoyant une hypothèse qui rentre dans le *negotium facio ut des,* ne doute pas de l'existence d'un contrat, par conséquent il exclut l'action *de dolo;* mais il ne dit mot de l'action *præscriptis verbis*, se contentant sans doute d'une action *in factum* semblable à l'action du contrat nommé le plus analogue (Gaius, III, § 143. — L. 22, h. t.) (1).

Quant à Julien, le plus grand organe de l'école Sabinienne, il avait déjà professé une doctrine identique, en principe, à celle de Gaius. Nous la croirions même absolument identique, si nous nous bornions à lire la loi 7 § 2, *de pactis.* L'hypothèse est celle-ci : Je vous livre l'esclave Stichus pour que vous affranchissiez Pamphile. Vous avez affranchi, puis une éviction vous enlève Stichus. Evidemment, puisque Stichus n'est pas devenu vôtre, ce n'est pas moi qui ai formé le contrat ; c'est vous qui l'avez fait naître en affranchissant Pamphile, de sorte qu'au lieu d'un contrat *do ut facias* nous avons un contrat *facio ut des.* Quelle action faudra-t-il vous donner contre moi? une action *in factum* semblable à celle du contrat le plus voisin. Telle est la décision de Julien. Mais ailleurs ce jurisconsulte nous est présenté comme faisant la distinction suivante : Est-ce de bonne foi ou de mauvaise foi que je vous ai livré Stichus? Si c'est de bonne foi, vous

(1) Nous verrons plus loin que la mention de l'action *præscriptis verbis* dans cette loi 22 doit être considérée comme une interpolation. J'en dis autant pour la loi 13 § 1, h. t.

aurez l'action *in factum;* si c'est de mauvaise foi, l'action *de dolo* (L. 5 § 2, *in fine*, h. t) (1). Voici donc quelle était, selon moi, la doctrine de Julien : De deux choses l'une : ou l'inexécution de la dation résulte d'un dol commis *ab initio*, ou au contraire elle suppose simplement une faute ou un dol postérieur. Dans le premier cas, le dol empêche la formation du contrat; dans le second cas, le contrat se forme, mais il ne donne pas lieu à l'action *præscriptis verbis*. Maintenant comme le dol ne se présume pas, comme d'ailleurs il est assez difficile, en dehors de l'hypothèse toute spéciale de Julien, de concevoir un dol commis *ab initio* par celui qui reçoit l'exécution du fait en vue de fournir une dation, j'ai eu raison de dire que la doctrine de Julien se confond presque avec celle de Gaius.

Dès le second siècle, un annotateur de Julien, Mauricianus, critiquait sa doctrine, et, par une extension logique de l'idée d'Ariston, admettait sans hésiter l'action *præscriptis verbis* dans l'hypothèse précédemment rapportée. Il se fondait sur l'existence évidente d'un contrat qui ne pouvait être qu'un contrat innommé (2).

Si enfin nous arrivons au troisième siècle, la doctrine

(1) Le mot *civilem* qui termine le texte est évidemment interpolé: La loi 7 § 2 de pact. nous en fournit la preuve certaine.

(2) Voici le texte de la loi 7 § 2, de pact. : « Sed et si in alium con-
» tractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso res-
» pondit esse obligationem; utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; dedi
» ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obliga-
» tionem. Et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc:
» dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est
» Stichus. Julianus scribit actionem in factum a prætore dandam; ille ait
» civilem incerti actionem, id est præscriptis verbis, sufficere; est enim con-
» tractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde hæc nascitur actio. »

de Mauricianus triomphe. Ulpien envisage le *negotium facio ut des* comme un contrat qu'il investit de l'action *præscriptis verbis* (L. 15, h. t.). Et ce point de vue, consacré par un rescrit d'Alexandre Sévère (L. 6, C. de trauf. II, 4), contesté néanmoins jusqu'à l'époque de Dioclétien (L. 4, C. de dol. mal. II, 21), passe définitivement dans la législation de Justinien. J'en trouve la preuve dans l'altération même des lois 15, §§ 1 et 22 de notre titre.

Je résume : Quant aux *negotia do ut des*, *do ut facias*, Ariston, en leur reconnaissant le caractère de contrats, ne fait qu'exprimer la doctrine universellement admise de son temps. Mais la dissidence subsiste encore au moins un demi-siècle sur l'action par laquelle il faut les garantir. Quant au *negotium facio ut facias*, sa nature contractuelle ne paraît pas avoir soulevé beaucoup de discussion ; mais l'action *præscriptis verbis* fut peut-être un peu plus lente à triompher. On peut la considérer comme universellement reçue à la fin du second siècle. Enfin, à l'égard du *negotium facio ut des*, la lutte se prolonge sur l'une et l'autre question jusque dans le troisième siècle. C'est alors seulement que la doctrine qui devait être celle de Justinien pénètre dans la pratique, mais non pas sans provoquer quelques protestations.

Une fois admise dans nos quatre hypothèses, l'action *præscriptis verbis* rendait l'action *de dolo* impossible, l'action *in factum* inutile. Pourquoi ne fit-elle pas disparaître la *condictio ob rem dati*? Sans nier ici l'influence de l'habitude et de la tradition, je crois que le maintien de cette action peut se justifier logiquement ; C'est ce qui ressortira de l'explication de la loi 5, § 1 et 2.

4e CONFÉRENCE.

Nous devons étudier aujourd'hui l'action *præscriptis verbis*. Pour le moment, nous ne nous attacherons pas à la suivre historiquement depuis son apparition jusqu'à son plein développement, ni à marquer la série progressive de ses applications jusqu'au jour où elle devint le signe et la sanction de tous les contrats innommés, de ces contrats seuls, et où l'on put sans inexactitude confondre la théorie des contrats innommés et la théorie de l'action *præscriptis verbis*. Nous examinerons successivement, prenant cette action dans le dernier état du droit classique, quelle est la cause juridique d'où elle dérive, quelles sont les diverses dénominations qu'on lui applique et le sens de chacune, quels sont ses caractères essentiels, enfin à quel résultat elle aboutit.

1° Quelle est la cause juridique qui engendre l'action *præscriptis verbis ?* — Et pour formuler la question avec plus de clarté, cette action dérive-t-elle nécessairement *ex contractu ?* L'affirmative, quoique niée par quelques très-anciens auteurs, ne saurait faire l'objet d'un doute sérieux. Elle résulte spécialement de la loi 7, § 2, de pact., où, pour motiver cette action, le jurisconsulte s'exprime ainsi : « *Esse enim contractum, unde hæc nascitur actio.* »

En sens contraire, on a invoqué la loi 18, § 2, *in fine, famil. ercisc.* (x, 2). Ulpien, supposant avec Pom-

ponius qu'un testateur a imposé à ses héritiers l'obligation de lui élever un tombeau, se demande par quelle action celui d'entr'eux qui refuserait d'exécuter la volonté du défunt devrait être poursuivi. Et il donne sans difficulté l'action *familiæ erciscundæ*. Puis il se demande, toujours avec Pomponius, si l'action *præscriptis verbis* ne serait pas admissible, et il l'admet (1). Or, a-t-on dit, les obligations réciproques des héritiers ne dérivent pas *ex contractu*, mais *quasi ex contractu*. Voici ce que je réponds : C'est seulement après le partage que Pomponius et Ulpien entendent donner l'action *præscriptis verbis*. Or, le partage n'est autre chose qu'une échange ; il rentre donc dans la catégorie des contrats *do ut des*, ainsi que cela résulte de plusieurs textes. (L. 20, § 3, famil. ercisc. (2). L. 77, § 18, de lég. II, XXXI). Cette action, inconcevable en droit et inutile en fait tant que subsiste l'indivision, devient très-intelligible et tout à fait nécessaire après le partage consommé : elle devient intelligible, car les héritiers sont réputés avoir contracté entr'eux les obligations que leur imposait le défunt ; nécessaire, parce que l'action *familiæ erciscundæ* disparaît une fois qu'il n'y a plus que des obligations à poursuivre et rien à partager.

Pour établir que l'action *præscriptis verbis* n'a pas

(1) « Sed et, quum monumentum jussit testator fieri, familiæ erciscundæ » agent, ut fiat. Idem (Pomponius) tamen tentat, quia hæredum interest, quos » jus monumenti sequitur, præscriptis verbis posse eos experiri, ut monu- » mentum fiat. »

Par ces mots *quia hæredum interest*, le jurisconsulte n'entend pas signifier qu'un intérêt quelconque serve de base suffisante à l'action *præscriptis verbis*, mais que cette action ne saurait être intentée là ou manque l'intérêt ; et il dégage celui que les héritiers peuvent avoir dans l'espèce.

(2) Ce texte est remarquable à un autre titre : nous y trouvons un véritable partage d'ascendant.

toujours son origine dans un contrat, on a encore invoqué deux textes qui la font découler du *precarium*. (L. 2, § 2. — L. 19, § 2, de precar. XLIII, 26). (1). Or, le *precarium*, a-t-on dit, ne constitue pas un contrat : car il ressemble à la donation. Là est l'erreur. Ulpien, en effet, après avoir insisté sur la différence profonde qui sépare le précaire de la donation, le rapproche expressément du commodat (L. 1, § 2 et 3, de precar.). Et ailleurs il le qualifie contrat (L. 23, de div. reg. jur. L. 17). Que dans le principe cette qualification ne convînt pas au précaire, nul doute : mais précisément le jour où l'on accorda au concédant l'action *præscriptis verbis*, c'est qu'on ne voyait plus aucune différence à faire entre l'exécution du pacte *de precario* et l'exécution de tout autre pacte synallagmatique. Le précaire rentre donc dans la condition de tous les contrats innommés. Il n'a pas toujours été contrat, il l'est devenu. C'est ainsi que la donation elle-même, lorsqu'elle était accompagnée de charges, finit par prendre place entre les contrats innommés (2).

L'action *præscriptis verbis* est donc essentiellement contractuelle, et c'est des contrats innommés, de ces contrats seuls qu'elle dérive (L. 3, h. t.). Ailleurs, elle ferait trop visiblement double emploi. Toutefois nous rencontrerons certains cas fort rares où elle concourt avec une autre action contractuelle, et nous aurons à chercher la raison de cette anomalie (3).

Puisque l'action *præscriptis verbis* n'est attachée

(1) On verra tout à l'heure que l'authenticité de ce texte est au moins douteuse. Pour le moment, je l'envisage comme expression de la doctrine qui a prévalu.

(2) V. ci-dessus page 30.

(3) V. ci-dessous sixième et vingtième conférences.

qu'aux contrats innommés et que ces contrats forment véritablement une classe à part, il faut admettre sans hésiter que cette action est *directa* et non pas *utilis*. Sur ce point, je suis en pleine contradiction avec Cujas. Remarquant sans doute que les contrats innommés présentent tous une analogie plus ou moins marquée avec quelque contrat du droit civil, et que telle est même la raison qui leur a valu la qualification de contrats, Cujas enseigne que l'action *præscriptis verbis* ne sera jamais autre chose que l'action d'un contrat nommé étendue par utilité à un cas analogue. Et de là une conséquence inacceptable à laquelle Cujas n'a pas réfléchi : vous savez que les règles d'une action utile sont exactement identiques à celles de l'action directe sur le modèle de laquelle elle est calquée (1). D'où il va résulter que l'action *præscriptis verbis*, dans la théorie de Cujas, ne sera pas toujours identique à elle-même. Elle empruntera tantôt les règles de l'action *venditi*, tantôt celles de l'action *locati*, etc. Et il est fort possible que les règles de ces diverses actions résultant de contrats nommés ne se ressemblent pas toujours entre elles. Donc l'action *præscriptis verbis* changera de caractère et d'effets, selon les hypothèses auxquelles elle s'appliquera. Voilà à quelle conclusion aboutit la doctrine de Cujas ; et je dis que cette conclusion, déjà bien étrange en elle-même, ne résiste pas à l'examen des textes. Que les contrats innommés se distinguent, en effet, par un caractère propre et spécial ; que par conséquent ce même caractère distingue

(1) « Utraque actio ejusdem potestatis est, eumdemque habet effectum. » (L. 47, § 1, de neg. gest. III, 5.)

aussi et spécialise l'action *præscriptis verbis,* c'est ce qui résulte d'abord de deux textes qui emploient à leur occasion ces expressions *proprium genus contractus*, *proprius contractus* (L. 19, pr. h. t. — § 2, de locat. et cond. Inst. III, 24). Entendez bien cela : ce sont des contrats spéciaux. Ce ne sont pas de simples extensions un peu hasardées des contrats nommés.

Voulez-vous un texte plus décisif encore ? La loi 27, de Pignor. act. (XIII, 7) appelle l'action *præscriptis verbis* elle-même *propria actio* (1). Il est nécessaire que j'appuie sur ce texte pour vous montrer qu'Ulpien, son auteur, se réfère certainement à l'action *præscriptis verbis*. Voici l'hypothèse : Primus réclame le remboursement d'un *mutuum* fait à Secundus. Celui-ci, qui n'a pas d'argent, lui remet des objets en or, Primus devant les engager à son propre créancier Tertius, et, moyennant cette condition, ne plus inquiéter Secundus. Quelle action faudra-t-il donner contre Primus, une fois payé, pour obtenir qu'il dégage et restitue ces objets? Ulpien donne une action qu'il appelle *propria actio*, et j'ai dit qu'il ne peut désigner ainsi que l'action *præscriptis verbis*. Car quel contrat nommé trouverions-nous dans l'espèce ? Un commodat ? mais Secundus ne rend pas un service gratuit. Un dépôt ? mais Primus n'a pas reçu la chose pour la garder et la restituer à première réquisition. Un mandat ? mais Primus ne rend pas un service gratuit. Un louage ?

(1) « Petenti mutuam pecuniam creditori, quum præ manu debitor non » haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret. Si » jam solutione liberatas receptasque eas is qui susceperat tenet, exhibere » jubendus est. Quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, volun- » tate domini nexæ videntur; sed ut liberatæ tradantur, domino earum pro- » pria actio adversus suum creditorem competit. »

mais il n'y a pas de *merces*. En résumé, que s'est-il passé? Le débiteur Secundus a remis à son créancier Primus une chose dans un but déterminé : il a voulu échapper à des poursuites. Aujourd'hui qu'il s'est libéré, il faut que Primus lui rende la chose, et par conséquent, si elle est encore engagée, la dégage. Je ne vois là qu'un contrat *facio ut facias*. C'est donc bien l'action *præscriptis verbis* qu'il fallait donner ici, et qu'Ulpien donne en l'appelant *propria actio* (1). Est-il possible qu'une action spéciale, *propria*, ne soit qu'une action *utilis*?

A l'appui de sa manière de voir, Cujas cite principalement deux textes : c'est d'abord un rescrit de Dioclétien, dans lequel il s'agit d'une donation soumise à certaines charges envers un tiers (L. 3, C. de donat, quæ sub mod. VIII, 55). Le tiers n'ayant pas stipulé l'exécution des charges, les principes du droit ne lui donnent aucune action (L. 11, de obl. et act. XLIV, 7), mais une *condictio* est ouverte au donateur contre le donataire. Cependant, ajoute le rescrit, on a fini par admettre *une action utile* au profit du tiers, à l'effet d'obtenir l'exécution du *modus*. Qu'est-ce à dire? que l'on sous-entend la stipulation omise, qu'en conséquence, l'action utile, dont il est ici question, n'est qu'une action *utilis ex stipulatu*. Mais il me paraît impossible que l'empereur se réfère à l'action *præscriptis verbis*. Le tiers n'a rien donné, et si l'on comprend qu'on sous-entende une stipulation, on comprend moins une dation qui serait réputée faite sans l'avoir été. Au surplus, quand même

(1) Si le créancier avait déjà reçu la restitution de la chose, l'action *præscriptis verbis* serait peut-être inutile, parce que le débiteur aurait à son service une action *vulgaris*, l'action *ad exhibendum*.

il s'agirait de l'action *præscriptis verbis*, cela ne prouverait rien en faveur de la thèse de Cujas. De ce que l'action *præscriptis verbis* serait donnée *utiliter* dans un certain cas, et cela par l'excellente raison qu'elle serait exercée par un autre que la partie contractante, comment conclure que cette action ne soit jamais *directe?*

Cujas invoque un autre texte que je vous expliquerai sur la loi 5, § 3, de notre titre (L. 6, C. de trans. II, 4.). Là l'action *præscriptis verbis* est véritablement *utilis*. Mais cette qualification se justifie par les circonstances de l'espèce ; et tout ce qu'il faudra conclure de ce texte, c'est que l'action *præscriptis verbis,* comme les actions vulgaires, peut être étendue par une raison d'utilité pratique à des cas qui sont en dehors de son domaine propre (1).

Voulez-vous maintenant comprendre comment Cujas a pu tomber dans l'erreur que je viens de réfuter ? Rappelez-vous que longtemps les jurisconsultes furent partagés sur l'action qu'il fallait attacher aux contrats innommés. Un grand nombre ne voulaient donner qu'une action *in factum* semblable à l'action du contrat nommé le plus analogue. Au fond, cette doctrine revenait à nier le caractère propre de ces contrats, à les faire rentrer bon gré mal gré dans des catégories de faits juridiques connus. Et ces actions *in factum* n'étaient en réalité que des actions anciennes étendues *utilitatis causa.* Donc, Cujas voyant que, dans des hypothèses pareilles ou même identiques, certains textes donnaient une action *in factum,* d'autres l'action *præ-*

(1) Je ne parle pas d'un troisième texte allégué par Cujas (L. 1, C. de pact. conv. tam super dot. V, 14). Il s'applique à une *condictio.*

scriptis verbis, n'a vu là qu'une diversité de langage, au lieu d'y reconnaître les vestiges maladroitement conservés par Justinien d'une lutte depuis longtemps terminée; lutte dans laquelle s'était agitée précisément cette question : les contrats innommés formeraient-ils, oui ou non, des contrats *sui generis ;* et par suite, fallait-il, oui ou non, les garantir par une action spéciale ? Cujas s'est égaré, parce qu'il a cru trouver dans la compilation de Justinien une théorie homogène et construite d'ensemble. Il fallait, au contraire, y chercher avant tout des indications sur l'origine et la formation de cette théorie.

2° Quelles sont les diverses qualifications qu'on donne à l'action *præscriptis verbis?* On l'appelle *actio in factum*, *actio civilis*, *actio incerti.* Avant d'expliquer ces diverses désignations, il convient de rechercher l'origine et la signification du nom technique de cette action ? Pourquoi s'appelle-t-elle *præscriptis verbis?*

Dans une opinion généralement reçue et que je crois fondée, la meilleure explication de ce nom résulte d'une constitution d'Alexandre Sévère qui s'exprime ainsi : « *Actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat.* » (L, 6, *in fine,* C. de trans. II, 4). En général, la *démonstratio*, première partie de la formule, désigne par son nom juridique le fait qui sert de base à l'action : *quod ille vendidit, deposuit, etc.* (Gaius IV, § 40). Ce procédé est-il applicable ici ? Evidemment non. Le contrat qui engendre cette action n'ayant pas de dénomination juridique, il est impossible de le nommer, et en conséquence on le décrit, on fait connaître la prestation par laquelle il s'est formé et la prestation à laquelle il tend. En un mot, la *demonstratio* est conçue

in factum. Et c'est ce que signifie le texte d'Alexandre Sévère. Cujas a critiqué cette explication : si elle était juste, dit-il, la même dénomination aurait dû être donnée aux actions *in factum* proprement dites, puisque toujours leur formule décrit et détaille le fait accompli. Aussi propose-t-il une autre explication : L'action *præscriptis verbis* se nommerait ainsi parce qu'elle est donnée *ex præscripto contrahentium*, ou, comme il le dit plus clairement en grec d'après Harménopule, ἐκ τῶν προνεγραμμένων συμφώνων, c'est-à-dire d'après des conventions qui ont été écrites. On voudrait exprimer qu'elle dérive *ex contractu*. Mais alors toute action contractuelle mériterait aussi bien d'être qualifiée *præscriptis verbis* (1). C'est pourquoi je m'en tiens à l'explication vulgaire, et je réponds à l'objection de Cujas par deux observations qui n'eussent pas échappé à sa sagacité, s'il avait connu les commentaires de Gaius. D'abord les véritables actions *in factum* n'ont pas de *demonstratio* : c'est

(1) Dire avec Cujas que l'action *præscriptis verbis* est ἀγωγὴ τῶν προγεγραμμένων συφμώνων, cela implique deux idées très-inexactes auxquelles certainement le grand interprète n'aurait pas voulu souscrire. Cela paraît dire d'abord que l'action *præscriptis verbis* dérive de la convention elle-même, tandis qu'elle dérive de l'exécution de la convention. Cela paraît signifier, en outre, que la convention aujourd'hui transformée en contrat innommé aurait été nécessairement rédigée par écrit. Or, non-seulement ce serait là une idée fausse ; mais il y a lieu de croire que de telles conventions étaient moins souvent constatées par écrit que les conventions élevées au rang de contrats consensuels ou les stipulations. En effet, tant que la convention restait nue, il était fort inutile de la prouver ; et d'autre part, quand elle avait été exécutée par l'une des parties, celle qui pouvait dire : *j'ai donné ou j'ai fait*, avait presque prouvé le contrat. Cette dation ou ce fait une fois établis, il fallait les expliquer ; or, ils s'expliquaient tout naturellement par une convention antérieure. Ils rendaient donc la preuve de la convention assez facile ; et s'ils ne supprimaient pas l'utilité pratique d'un écrit, assurément ils la diminuaient.

leur *intentio* qui énonce les faits accomplis (Gaius IV, § 60, *in fine*).—Au contraire, le rescrit d'Alexandre Sévère met hors de doute que l'action *præscriptis verbis* avait une *demonstratio* et que là était contenu l'énoncé des faits. En second lieu, puisque la formule était quelquefois modifiée par des *præscriptiones a parte actoris* (Gaius, IV, § 130 et s.), pourquoi n'admettrions-nous pas que primitivement les faits constitutifs du contrat innommé s'exposaient sous forme de *præscriptio?* De là le nom d'action *præscriptis verbis* (1). Plus tard, cette *præscriptio* aurait été convertie en une *demonstratio* que dans le principe la formule de cette action ne présentait peut-être pas. Et comme la *demonstratio* figure en tête de la formule, on put dire de ces actions : « *Rem gestam præscriptis verbis demonstrant.* » Expression complètement inapplicable aux formules *in factum*, dans lesquelles l'exposé des faits ne fut jamais l'objet ni d'une *præscriptio* ni d'une *demonstratio.*

Il vous est bien facile à présent de comprendre pourquoi l'action *præscriptis verbis* est assez souvent qualifiée *in factum* (2). Ne voyez pas là une allusion à l'*intentio* de sa formule qui est certainement *in jus concepta* (L. 6. h. t.). La *demonstratio* seule est ici conçue *in factum.* Ainsi, qu'il s'agisse d'une action vulgaire, fondée sur un fait juridique dénommé, par exemple de l'action *venditi*, vous trouvez une *demonstratio* ainsi conçue : « *Quod A. Agerius N. Negidio*

(1) Peut-être est-ce là l'idée qu'Harménopule voulait exprimer dans la formule grecque rapportée par Cujas. Mais il n'en développe pas le sens, et Cujas l'entend tout autrement.

(2) Du reste cette désignation est fort rarement employée seule, du moins dans les textes que Justinien n'a pas détournés de leur sens primitif. Voyez pourtant la loi 1, § 1, de rer. permut. (XIX, 4.)

hominem vendidit. » (Gaius, IV, § 40). Ici, au contraire, la *demonstratio* sera rédigée à peu près comme il suit : « *Quod inter A. Agerium et N. Negidium convenit ut ille huic fundum daret, hic illi domum, quodque A. Agerius fundum dedit, domus vero non illi data est.* » Vous saisissez la différence : au lieu d'un seul mot, comme *vendidit,* qui désigne nettement le fait juridique, on recourt à une description détaillée. Puis vient une *intentio in jus concepta :* « *Quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare oportet.* » Comparez cela aux formules d'actions *in factum* que vous cite Gaius (IV. § 46 et 47), et vous verrez combien ces dernières diffèrent de la formule de notre action. D'abord, la *demonstratio* y manque; puis l'*intentio* décrit les faits sans poser aucune question de droit, j'entends une question de droit qui se manifeste par les mots eux-mêmes, tels que *dare oportet* ou autres semblables.

Pourquoi l'action *præscriptis verbis* est-elle tout spécialement qualifiée *civilis*? Quand on voit dans un certain nombre de textes (L. 1 § 1 et 2. L. 5 § 2, *in fine*, h. t.), cette épithète jointe aux mots *in factum*, on est tout d'abord tenté de la considérer comme un correctif de l'idée fausse que ces derniers mots pourraient suggérer; on croirait volontiers à une antithèse consacrée pour faire ressortir le caractère de *l'intentio* qui est *in jus concepta*. Cependant comme cette épithète nous apparaît, au moins aussi souvent, appliquée seule et indépendamment de la dénomination *in factum,* comme je la rencontre qualifiant non-seulement l'action *præscriptis verbis*, mais même l'obligation que cette action sanctionne (L. 7, § 2, de pact.—

L. 5, § 1, 2 et 3, h. t.), cas auquel évidemment elle ne contient aucune allusion au mode de rédaction de la formule, je crois qu'il faut chercher une autre explication. Je ne dirai pas que l'on veut opposer l'action *præscriptis verbis* aux actions honoraires : l'épithète conviendrait alors à un trop grand nombre d'actions. Selon moi, on fait allusion à la source spéciale d'où découlent et l'action *præscriptis verbis* et les contrats innommés. Vous savez qu'on appelait proprement *jus civile* toute cette portion du droit que la coutume avait peu à peu consacrée sous l'influence des prudents et sans intervention d'aucune des sources du droit écrit (L. 2, § 5, de orig. jur. I, 2). C'était le droit qui avait pour auteurs les citoyens eux-mêmes. A ce point de vue, l'action *præscriptis verbis* et l'obligation contractuelle dont elle est la sanction présentent un caractère éminemment civil : elles comptent parmi les plus importantes créations des jurisconsultes. Et le mot *civilis* ainsi compris, au lieu de n'être qu'une épithète exacte, mais appropriable à d'autres actions, prend toute la valeur d'une désignation technique.

Je vous ai dit, enfin, que l'action *præscriptis verbis* est fréquemment qualifiée *actio incerti*. On trouve aussi les expressions *incerta actio*, *incertum judicium* (L. 7, § 2, de pact. II, 14. — L. 6, 8 et 9, h. t. — L. 6, C. de rer. permut, IV, 64. — L. 9 et 22, C. de donat. VIII, 54). Assez ordinairement, pour rendre compte de ces diverses expressions, les interprètes invoquent le caractère indéterminé de l'*intentio* dans laquelle, au lieu de préciser une certaine somme ou une certaine chose, le demandeur s'exprimerait toujours ainsi : *Quidquid paret dare facere oportere*. En admettant pour

le moment cette indétermination essentielle de l'*intentio*, je demanderai pourquoi la même qualification ne s'appliquerait pas aussi à toutes les actions de bonne foi, puisque dans la doctrine universelle des interprètes elles présentent toutes une *intentio incerta* (1). Quant à moi, je me rangerais beaucoup plus volontiers à une autre opinion d'après laquelle cette dénomination tient à ce que les contrats innommés eux-mêmes s'appelaient *contractus incerti* (2). Mais il s'agit de démontrer ou du moins de rendre vraisemblable que les *contractus incerti* ne sont pas autre chose que les contrats innommés. Pour cela, je m'appuierai sur un texte qui au premier aspect paraît embarrassant. La loi 9, pr. de reb. cred. (XII, 1) s'exprime ainsi : « La *con-* » *dictio certi* compète en vertu de toute cause ou obli- » gation sur laquelle on fonde la demande d'une chose » certaine, soit que cette demande vienne à la suite » d'un contrat déterminé ou d'un contrat indéter- » miné. (3) » Ce qui résulte clairement de là, c'est qu'une *condictio certi* peut naître à la suite d'un *contractus incertus*. Or, si ces contrats incertains ne sont

(1) Il n'est aucunement démontré à mes yeux que les actions de bonne foi ne puissent pas avoir une *intentio certa*. Je considère donc comme douteuse cette indétermination essentielle de l'*intentio* de notre action. (Voir 14e conf.)

(2) Voir ci-dessus page 24.

(3) « Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua » certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. » Dans la traduction de ce texte, j'évite à dessein de faire dire à Ulpien que la *condictio* dérive du contrat. Que si telle est pourtant sa pensée, je n'hésite pas à la déclarer inexacte, et j'explique son langage par l'influence évidente que la théorie des contrats innommés exerça sur la nature de cette action. Il importe de bien constater que la *condictio ob rem dati* n'a pas son origine dans le contrat : sans quoi on arriverait à ce résultat étrange que le même contrat engendrerait une *condictio*, action de droit strict, et une action *præscriptis verbis*, à laquelle tout le monde est bien obligé de reconnaître au moins en certains cas le caractère d'action de bonne foi.

pas les contrats innommés, je les déclare introuvables. En effet, quels contrats nommés pourraient être ainsi désignés? Les contrats de bonne foi? Mais, en principe il ne naît à leur suite aucune *condictio*. Les contrats de droit strict? Ceux-là engendrent bien une *condictio*; mais, lorsque cette *condictio* est *certa*, c'est que le contrat lui-même est certain. C'est ainsi que vous voyez la stipulation qualifiée *certa* là précisément où elle produit une *condictio certi, incerta* là où elle ne peut aboutir qu'à une *condictio incerti*. Au contraire, entendez la loi 9 des contrats *do ut des*, *do ut facias*, elle devient claire. Ces contrats n'engendrent, à vrai dire, que l'action *præscriptis verbis;* mais, comme conséquence de la dation qui les forme, conséquence qui se produirait lors même que cette dation n'aurait pas été reconnue génératrice d'un contrat, il naît incontestablement une *condictio*. Le texte est donc aussi facile à expliquer, s'il désigne les contrats innommés, qu'il serait incompréhensible s'il désignait d'autres contrats.

En résumé, vous voyez que ces trois expressions *in factum, civilis, incerta*, appliquées à l'action *præscriptis verbis*, revêtent un sens tout différent de celui qu'elles présentent appliquées à d'autres actions.

3° Quels sont les caractères essentiels de l'action *præscriptis verbis* ?

Des explications que je viens de vous donner il résulte que cette action est personnelle, qu'elle appartient au droit civil, et que sa formule est *in jus concepta*. Ajoutez qu'elle est donnée *rei persequendæ gratia*, par conséquent *in simplum*, et qu'elle est perpétuelle. Voilà autant de points certains. Mais c'est une question célèbre et fort controversée que de savoir si l'action

præscriptis verbis est de bonne foi dans toutes ses applications, ou si, au contraire, il faut lui reconnaître, soit en principe, soit au moins dans certains cas, le caractère d'action *stricti juris*. La controverse est née d'un passage des Institutes : Justinien, donnant l'énumération des actions de bonne foi, y comprend l'action *præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur et ea quæ ex permutatione competit* (§ 28, de act. Inst. IV, 6). D'où quelques interprètes se sont crus autorisés à conclure qu'en dehors des deux applications mentionnées par Justinien, notre action rentrerait toujours dans celles de droit strict. Jamais argument *a contrario* ne fut, selon moi, plus dénué de fondement que celui-là. Consultons au Digeste le titre de *precario*, et nous y verrons que l'action *præscriptis verbis* est encore de bonne foi quand elle résulte du précaire (L. 2, § 2, de prec. XLIII, 26). Voilà donc au moins un troisième cas à ajouter aux deux cas des Institutes, et cela suffit pour prouver que le texte de Justinien n'a rien de limitatif. Aussi quelques interprètes, s'attachant à un système intermédiaire, veulent que l'on examine pour chaque hypothèse si le contrat innommé ressemble à un contrat de bonne foi ou à un contrat de droit strict ; et selon le résultat de cet examen, l'action *præscriptis verbis* serait elle-même ou de bonne foi ou de droit strict. Ainsi à la question que j'ai posée trois réponses sont faites. Dans une première opinion l'action *præscriptis verbis* serait *stricti juris* toujours, sauf les exceptions établies par un texte formel. Dans une seconde opinion, ce serait pour chaque hypothèse une question de fait. Enfin dans une dernière opinion, la seule soutenable, à mon sens, l'action *præscriptis verbis* pré-

senterait absolument le caractère d'action de bonne foi.

Afin de ne pas rabaisser l'intérêt de la question en la ramenant à l'explication de quelques difficultés de détail, j'écarte pour un instant les textes assez rares qui ont pu fournir un faible appui aux deux premières opinions; et me plaçant au point de vue des principes qui dominent toute la théorie des contrats innommés, je trouve dans les développements que je vous ai déjà présentés, trois idées qui me paraissent fortement préjuger la question dans le sens que j'adopte.

D'abord, nous avons vu que la théorie des contrats innommés se produisit sous l'inspiration d'un sentiment d'équité. Il s'agissait, une fois la convention exécutée d'un côté, de consacrer, aussi entièrement qu'il était possible, tous les effets qu'elle s'était proposé de produire. Supposez donc ces contrats sanctionnés par une action *stricti juris;* la bonne foi n'obtiendra certainement pas cette pleine satisfaction qu'on veut lui donner. M'objecterez-vous que la *condictio indebiti*, que la *condictio ob rem dati* avaient bien aussi leur fondement dans l'équité, et que pourtant ce sont incontestablement des actions *stricti juris*? J'écarte cette objection en vous faisant observer que ces deux actions ne dérivent pas *ex contractu*, que leur unique objet consiste à empêcher un enrichissement sans cause; c'est en ce sens seulement qu'elles reposent sur une idée d'équité. L'action *præscriptis verbis*, au contraire, tend à assurer le plein effet d'une convention, et vous savez que tel n'est pas le résultat des actions *stricti juris*. Ajoutez qu'à l'époque où cette action apparut, la jurisprudence était déjà entrée dans une voie de réaction contre l'insuffisance des *stricta ju-*

dicia, témoin la récente introduction de l'action *de dolo* (1). Cela ne vous fait-il pas pressentir que, si les jurisconsultes songeaient à créer une action nouvelle, assurément leur pensée n'était pas de grossir la liste déjà trop pleine des actions *stricti juris*?

En second lieu, si j'ai réussi à vous convaincre du caractère synallagmatique des contrats innommés, il devient difficile d'admettre, sans des preuves bien positives, qu'ils puissent aboutir à une action *stricti juris*. C'est chose bien connue, en effet, que toutes les actions *stricti juris* dérivent d'une cause unilatérale, tandis que les actions de bonne foi ont leur source dans un contrat ou dans un quasi-contrat synallagmatique parfait ou imparfait. Cela est vrai, dis-je, des actions anciennes ou vulgaires. L'analogie voulait donc que l'on fît l'action *præscriptis verbis* de bonne foi.

Enfin, puisque cette action, comme je l'ai précédemment établi, n'est pas une simple action *utilis* empruntant, selon les circonstances, les règles de telle action nommée ou de telle autre, puisque c'est une action originale, un type et non pas une copie de modèles divers, il n'est pas concevable qu'elle soit tantôt de bonne foi, tantôt de droit strict; ou bien, elle ne mériterait plus d'être appelée *actio propria*, elle ne dériverait plus d'un *contractus proprius*. Si donc en aucune hypothèse aucun texte ne se prononçait sur sa nature, nous pourrions hésiter : Mais vous savez que, dérivant de l'échange, de l'*æstimatum* ou du précaire, elle est qualifiée *bonæ fidei*; donc ce caractère lui appartient par

(1) Elle fut imaginée par un contemporain de Cicéron, par Aquilius Gallus, son ami et son collègue dans la préture (Cicéron, De nat. deor. III, 30. De offic. II, 14.).

essence ; et au lieu d'argumenter *a contrario* du texte des Institutes, il en faut argumenter par analogie, il faut le généraliser.

Voici maintenant des arguments plus directement tirés des textes. Un examen tant soit peu réfléchi de la loi 5, *præsc. verb.* vous convaincra que le caractère de bonne foi s'imposait nécessairement à notre action. Consultez surtout la fin du § 4 de cette loi, et vous y verrez ceci : Le contrat *do ut des* présente généralement de l'analogie avec la vente; le contrat *do ut facias* avec le louage; le contrat *facio ut facias* avec le mandat. Or, vente, louage, mandat, ce sont autant de contrats de bonne foi. Donc s'ils ont fourni l'idée première des trois contrats *do ut des, do ut facias, facio ut facias*, si ceux-ci n'ont été consacrés qu'à cause de leur ressemblance plus ou moins profonde avec les précédents, par une conséquence forcée ils devaient être eux-mêmes de bonne foi. Je n'ai pas parlé du contrat *facio ut des,* parce que Paul, auteur de la loi 5, n'admettait pas ce contrat. Mais il ne faut pas beaucoup de sagacité pour comprendre que le contrat *facio ut des* n'est autre chose que le contrat *do ut facias* renversé. Si donc ce dernier peut être considéré comme analogue au louage, le contrat *facio ut des* présentera nécessairement la même analogie, et par conséquent le même caractère de bonne foi.

Mais, allez-vous me dire, les contrats innommés ne sont pas tous compris dans les prévisions de la loi 5 ; un grand nombre d'entr'eux ressemblent non pas à la vente, au louage, au mandat, mais à d'autres contrats nommés. Qu'ils soient donc de bonne foi, quand ils ressembleront au dépôt ou au commodat, à la bonne heure; mais si, par hasard, quelques-uns ressemblaient

au *mutuum*, cette ressemblance leur imprimerait bien sûrement un caractère de droit strict. Ceci est incontestable ; mais je nie justement qu'il existe aucune hypothèse de contrat innommé vraiment semblable soit au *mutuum*, soit à un autre contrat de droit strict. Je ne connais guère qu'un texte qui puisse fournir une objection spécieuse, c'est la loi 19, pr. de notre titre. Et nous verrons que l'objection ne résiste pas à une analyse exacte (1). Aussi, des textes que je vous expliquerai ultérieurement nous montrent que le débiteur tenu de l'action *præscriptis verbis* répond, non-seulement de ses fautes actives, mais même de ses simples négligences ; nous y voyons aussi que la responsabilité de ce débiteur est plus ou moins étendue, selon les circonstances (L. 17, § 1 et 2, h. t.). Or, ce sont là deux signes incontestables d'une action de bonne foi ; car il est certain que le débiteur tenu d'une action de droit strict ne répond jamais que des fautes *in committendo*, et que sa responsabilité est réglée d'une manière invariable sans qu'il y ait lieu de la grossir ou de l'atténuer selon les circonstances.

Maintenant, deux textes du Digeste me paraissent présenter l'action *præscriptis verbis* comme rentrant absolument dans les actions de bonne foi. C'est d'abord la loi 2, § 2, de prec. (XLIII, 26) qui s'exprime ainsi : « *Quum quid precario rogatum est, non solum hoc* « *interdicto uti possumus, sed etiam præscriptis ver-* « *bis actione, quæ ex bona fide oritur.* » Je n'ai pas besoin d'insister sur la portée évidemment générale de ces derniers mots. Ulpien ne dit pas que l'action *præscri-*

(1) Voir ci-dessous 17e Conférence.

ptis verbis soit de bonne foi spécialement quand elle naît du précaire. Il la présente comme toujours fondée sur la bonne foi, et c'est pour cela qu'il la donne au précariste. Il est vrai que ce texte d'Ulpien trouve une contradiction au même titre dans la loi 19, § 2. « *Quum* « *quid precario rogatum est*, dit Julien, *non solum in-* « *terdicto uti possumus, sed et incerti condictione*, *id* « *est præscriptis verbis* ». Si l'on pouvait croire à l'authenticité de ce texte, l'action *præscriptis verbis* rentrerait parmi les *condictiones;* ce serait donc, sans aucun doute, une action *stricti juris*. Mais les interprètes s'accordent presque tous à reconnaître une altération dans le texte de Julien. Les uns lisent *actione* au lieu de *condictione*, et il paraît que plusieurs manuscrits confirment cette leçon. D'autres considèrent comme ajoutés, soit par quelque glossateur, soit par les compilateurs eux-mêmes, les mots *id est præcriptis verbis;* et c'est une opinion que je tiens pour beaucoup plus probable. Nous avons vu, en effet, que Julien rejetait l'action *præscriptis verbis* dans le *negotium facio ut des*, et nous verrons sous la loi 13, § 1, h. t. qu'il paraît l'avoir rejetée aussi dans le *negotium do ut facias*. Est-ce donc qu'il l'aurait admise dans le *negotium facio ut facias*, auquel appartient évidemment le précaire ? Cela est d'autant moins probable que l'action *præscriptis verbis* semble avoir triomphé ici un peu plus difficilement que dans le contrat *do ut facias*. Il est douteux, d'ailleurs, qu'à l'époque de Julien on eût déjà songé à considérer le précaire comme un contrat. Aussi, tandis qu'Ulpien donne au précariste le choix entre l'interdit *de precario* et l'action *præscriptis verbis*, Julien lui donnait seulement

le choix entre l'interdit et une *condictio possessionis* (1).

Le second texte auquel je faisais allusion tout à l'heure est la loi 1, pr. *de æstimat* (XIX, 3). Ulpien, rapportant les divergences qui s'étaient produites sur la question de savoir par quelle action il fallait garantir le contrat estimatoire, conclut par la phrase suivante : « *Melius itaque visum est hanc actionem proponi;* » *quoties enim de nomine contractus alicujus am-* » *bigeretur*, *conveniret tamen aliquam actionem* » *dari, dandam æstimatoriam præscriptis verbis* » *actionem: est enim negotium civile gestum*, *et qui-* » *dem bona fide*, etc. » Il me paraît évident qu'il faut retrancher du texte le mot *æstimatorium :* En effet, ce qu'on appelle *actio æstimatoria*, c'est l'action *præscriptis verbis* en tant qu'elle dérive du contrat estimatoire (2). Or, prenez le texte à la lettre, et vous arrivez à cette absurdité que, dans tous les cas où l'on ne sait de quel nom appeler un contrat, il faut donner l'action *præscriptis verbis æstimatoria*; cependant les contrats innommés sont loin de rentrer tous dans l'*æstimatum*. Au contraire, par la suppression du mot *æstimatoriam*, nous obtenons un sens très-satisfaisant et une idée très-vraie : Partout où l'on s'accorde à reconnaître un contrat, mais où le contrat n'a pas de nom juridique, on donne l'action *præscriptis verbis*. Tel étant le sens du texte, le mots *et quidem bona fide* prennent immédiatement une signification décisive. Ils impliquent que tous les

(1) Voir M. Vernet. Textes choisis sur la théorie des obligations, p. 74 et 75.

(2) On reviendra sur le contrat estimatoire. (Sur les lois 13 pr. et 17, § 1.)

contrats innommés, et non pas seulement l'*estimatum*, sont des contrats de bonne foi; d'où il suit que ce caractère appartient à l'action *præscriptis verbis* dans toutes ses applications.

Reste à expliquer le § 28 de act. aux Institutes; et la question ainsi réduite ne présente plus aucune importance. Fallût-il avouer que Justinien n'a pas parfaitement compris ce qu'il disait, cet aveu ne me couterait guère (1). Vous pouvez conjecturer avec plusieurs auteurs que ce texte a été copié dans quelque jurisconsulte très-ancien qui n'admettait pas l'action *præscriptis* en dehors de l'*æstimatum* et de l'échange. Plus volontiers encore, je croirais que ces deux applications de l'action *præscriptis verbis* ont tout spécialement frappé les rédacteurs des Institutes, parce que l'*æstimatum* et l'échange se distinguaient de la généralité des contrats innommés en deux points : la langue vulgaire leur avait donné un nom, et ils étaient d'une application pratique plus fréquente que tous les autres. Aussi sont-ils les seuls auxquels Justinien ait consacré des titres spéciaux (Tit. 3 et 4, Dig. XIX. — Tit. 64, C. IV.). Il est même remarquable que le titre du Code qui traite de l'échange a aussi la prétention de traiter généralement de l'action *præscriptis verbis*. (2)

(1) Dans ce même § 28. Justinien prétend que les anciens discutaient si la pétition d'hérédité devait être comptée parmi les actions de bonne foi. Or, il est bien connu que cette discussion n'existait pas d'une manière générale. Il s'agissait seulement de savoir si les exceptions de dol devaient être exprimées dans la formule. Voilà donc une erreur certaine de Justinien. Et ce serait assez pour nous permettre de croire à une autre erreur.

(2) Me dira-t-on que la transaction et le précaire avaient pareillement des noms dans la langue vulgaire, que leur application pratique n'était pas moins fréquente et que Justinien leur fait aussi l'honneur d'un titre spécial (Dig. II, 15— XLII, 26. — C. II, 4— VIII, 9)? Voici ma réponse : la place même que Justinien assigne à ces titres nous prouve que ce n'est pas en leur qualité de

L'action *præscriptis verbis* étant démontrée de bonne foi, nous pouvons nous demander si elle n'est pas aussi arbitraire. Ceci toutefois suppose résolue affirmativement une question litigieuse entre les interprètes, celle de savoir si une même action peut être tout ensemble de bonne foi et arbitraire. Je n'hésite pas quant à moi à admettre la possibilité du cumul de ces deux caractères (1). Tout spécialement pour l'action *præscriptis verbis*, un texte de Papinien nous prouvera bientôt qu'elle peut être arbitraire (L. 9, h. t.), et nous verrons par une constitution de Dioclétien que l'on reconnaissait ici au juge les pouvoirs les plus étendus (L, 4, C. de rer. permut., IV, 64)

4° Enfin, quel est l'objet direct de l'action *præscriptis verbis*? Ou plus précisément, quel est l'objet de l'obligation du débiteur? Doit-il la chose elle-même, c'est-à-dire le fait ou la dation convenus? ou au contraire son obligation n'a-t-elle pour objet qu'une somme

contrats innommés qu'il envisage la transaction et le précaire. On sait d'ailleurs que la transaction n'est pas toujours contrat innommé, et que le précaire, avant d'être traité comme tel, avait déjà une valeur comme fait juridique. Au contraire l'*æstimatum* et l'échange sont toujours contrats innommés et n'ont de valeur qu'à ce titre.

(1) Indépendamment des textes qui pour certaines actions rendent ce point de vue plus que probable, si l'on réfléchit d'une part que sous le système des formules toute condamnation est pécuniaire, d'autre part que dans les actions de bonne foi le dol du défendeur est puni par le *juramentum in litem* du demandeur (L. 5, pr. et § 3, de in lit. jur. XII, 3), rien ne paraîtra plus conforme à la nature d'une action de bonne foi que l'intervention de l'*arbitrium* du juge. De deux choses l'une, en effet : ou le défendeur exécute l'*arbitrium*, et de même qu'il trouve à cela l'avantage d'éviter une condamnation, de même le demandeur y gagne d'obtenir précisément la chose due au lieu d'une estimation en argent. Ou au contraire le défendeur refuse d'exécuter l'*arbitrium;* alors ce refus caractérise nettement un dol, et le *juramentum in litem* se conçoit comme une peine d'autant plus admissible que le défendeur pouvait s'y dérober. (V. M. Demangeat. De la condition du fonds dotal, loi 7 § 1, de fund. dot.).

d'argent représentative de l'intérêt que le demandeur avait à obtenir l'exécution de la convention ? L'intérêt de la question est bien visible sous le système de procédure de Justinien : si le défendeur doit la chose elle-même, le juge le condamnera à exécuter la prestation en nature, toutes les fois que cela sera possible. Si au contraire, il ne devait que de l'argent, le juge ne pourrait le condamner qu'au paiement d'une somme d'argent. Ce serait toujours l'application du principe que dans la procédure extraordinaire la condamnation porte nécessairement sur la chose due. Cet intérêt n'existe pas sous le système formulaire, puisque toutes les condamnations se ramènent dans ce système à une somme d'argent déterminée. Mais, même sous le règne de la procédure formulaire, on peut signaler au moins les deux intérêts suivants : si l'obligation du débiteur se restreint à payer une somme d'argent, il faut décider que ni la perte fortuite de la chose ni l'impossibilité d'exécuter le fait convenu ne le libèrent. En second lieu, l'instance étant pendante devant le juge, il échapperait à la condamnation par l'offre d'une somme d'argent égale à l'intérêt que présentait pour le demandeur l'exécution de la convention. Ainsi le veut la maxime « *Omnia judicia absolutoria sunt* ». Si au contraire son obligation a pour objet direct la prestation convenue, nous sommes obligés de dire que la perte fortuite de la chose le dégage pleinement, et qu'il ne peut échapper à la condamnation qu'en donnant ou en faisant ce qu'il est convenu de donner ou de faire. La question bien comprise, les textes nous prouvent qu'elle était résolue dans le second sens. Le débiteur devait *rem ipsam;* car les risques sont expressément imposés au créancier (L.

5, § 1 et 2, h. t.). — Et Papinien, supposant que le fait a exécuter consiste en une délégation, n'admet pas que le débiteur évite la condamnation, s'il n'a pas fait la délégation (L. 9, h. t.). — Il est vrai, et c'est là ce qui aurait pu faire naître le doute pour nous, que certains textes présentent l'action *præscriptis verbis* comme tendant à obtenir *quanti interest* ou *quod interest* (L. 5, § 1 et 2. — L. 7, h. t. — L. 1 § 4, de rer. permut. XIX, 4). Mais en présence des textes précédemment cités, ceux-ci ne sauraient nous autoriser à admettre une doctrine d'où il résulterait que les contrats innommés n'auraient jamais été des contrats aussi forts et aussi parfaits que les contrats nommés. Disons donc que les textes qui parlent du *quod interest* se réfèrent à la mesure de la condamnation bien plutôt qu'à l'objet même de l'obligation. Aussi tous ceux qui appartiennent à l'époque de la procédure extraordinaire nous présentent l'action *præscriptis verbis* comme tendant *ad implendum placitum, ad placitorum obsequium* (L. 8, C. de rer. permut. IV, 64. — L. 9 et 22, C. de donat. VIII, 54). Et déjà sous le système formulaire, Papinien s'exprimait d'une manière tout à fait analogue (L. 28, de donat. XXXIX, 5).

5e CONFÉRENCE.

J'ai terminé l'exposition des idées générales dont les unes doivent nous diriger dans le commentaire des textes, et les autres y trouver leur confirmation et leur complet développement. Avant d'aborder les textes eux-mêmes, je dois cependant vous présenter deux observations, l'une sur la composition de notre titre, l'autre sur son contenu.

Vous savez qu'en général chaque titre des Pandectes paraît avoir été composé de trois séries de fragments correspondant à l'ordre suivi jusqu'à Justinien dans l'enseignement officiel du droit (1). Les textes de la première série sont empruntés aux nombreux commentaires des jurisconsultes *ad Sabinum* et à quelques ouvrages élémentaires qu'on expliquait aux étudiants de première année. Dans la seconde figurent les textes tirés des commentaires *ad edictum*, base de l'enseignement de la seconde année. Enfin, la troisième série comprend les fragments extraits des *Responsa* de Papinien qu'on étudiait dans le cours de la troisième année, des *Responsa* de Paul qu'on étudiait en quatrième année, et de quelques autres ouvrages analogues, tels que des *Quæstiones*, ne présentant plus le caractère de commentaires. Ces trois séries s'appel-

(1) Voir la constitution de Justinien, *omnem reipublicæ*, etc , placée en tête du Digeste sous la rubrique *de conceptione Digestorum*.

lent série Sabinienne, série Edictale, série Papinienne; et elles se présentent habituellement dans l'ordre même de mon énumération. Or, cet ordre a été presque complètement renversé dans notre titre. Sur vingt-six fragments dont il se compose, seize appartiennent à la série Sabinienne : parmi les seize, il y en a deux assez insignifiants, ce sont les lois 3 et 4; tous les autres ont été rejetés à la fin du titre dont ils forment les quatorze dernières lois. Six fragments appartiennent à la série Papinienne, et composent la loi 1 et les lois 5 à 9. Nous pouvons les considérer comme formant exclusivement le début du titre; car les lois 2 à 4, dénuées de valeur propre, ne sont guère que le complément de la loi 1. Seule, la série édictale conserve ici sa place ordinaire. Des quatre fragments qu'elle comprend, trois (L. 10 à 12) suivent immédiatement les derniers textes de la série Papinienne et précèdent immédiatement les quatorze fragments importants de la série Sabinienne. Quant à la loi 2, qui appartient bien à la série édictale, elle n'est pas à sa place. En résumé, à l'exception des lois 2, 3 et 4, il est rigoureusement vrai de dire que les commissaires de Justinien ont adopté ici l'ordre inverse de celui qu'ils ont l'habitude d'observer. Est-ce pur caprice? Je ne le pense pas. Il est probable, en effet, que l'action *præscriptis verbis* occupait assez peu de place dans les ouvrages élémentaires qui faisaient la matière de l'enseignement de première année (1). Et

(1) Justinien nous cite parmi ces ouvrages les Institutes de Gaius complètement muettes, comme tout le monde le sait, sur l'action *præscriptis verbis*. Il nous cite encore les quatre *libri singulares* relatifs à la dot, à la tutelle, aux testaments et aux legs, donc étrangers par leur objet même à cette action. (Constit. *Omnem reipublicæ*, § 1.)

l'on devait trouver des ressources plus abondantes dans les livres plus approfondis qui alimentaient ordinairement la troisième série. Aussi remarquerez-vous qu'ici les textes de cette série priment les autres par leur importance juridique, bien plus encore que par leurs numéros.

Ma seconde observation porte sur le contenu même de notre titre. L'action *præscriptis verbis* en fait l'objet principal et presque exclusif. Néanmoins, et conformément à sa rubrique *de præscriptis verbis et in factum actionibus,* il s'y rencontre quelques textes pleinement étrangers à notre action, des textes où il ne peut être question que de simples actions *in factum* dans le sens ordinaire du mot. Nous aurons à nous demander plus tard si c'est par hasard ou dans un but réfléchi que Justinien les a insérés dans notre titre (1). Pour ne pas détourner votre attention de l'action *præscriptis verbis*, je vous expliquerai d'abord tous les textes qui se réfèrent à cette action, j'entends ceux qui s'y réfèrent soit dans la pensée même de leurs auteurs, soit seulement dans la pensée de Justinien qui les aurait détournés de leur sens originaire. Dans cette explication, je suivrai l'ordre même des Pandectes, toutes les fois que des interversions ne me paraîtront pas nécessaires, soit pour compléter l'analyse d'un texte, soit pour donner plus d'unité à l'exposition d'une matière.

Etudions aujourd'hui les quatre premières lois de notre titre.

(1) Voir vingtième conférence.

L. 1, pr. *(Papinianus, lib. VIII Quæstionum)*. Nonnunquam evenit ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas quæ in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam.

Il arrive quelquefois que faute de formules proposées dans l'édit et d'actions connues, ne pouvant trouver une dénomination qui soit spéciale, nous recourons, et cela assez facilement, aux actions qu'on appelle *in factum*. Pour ne pas laisser le principe sans exemples, je vais le développer en quelques mots (1).

Vous remarquerez, avant tout, le lien étroit qui rattache ensemble les idées contenues dans ces deux expressions *actiones vulgares*, *judicia prodita*. Les actions vulgaires, ou, dans un langage plus français, les actions connues, ce sont celles qu'avait organisées l'ancien droit. *Judicia prodita*, ce sont les formules proposées dans l'édit, celles qui figurent sur l'album du magistrat, et parmi lesquelles le demandeur vient, en présence du défendeur, choisir celle dont il veut user (L. 1, § 1, de edend. II, 13). Or, il est manifeste qu'au début les formules proposées par le magistrat correspondaient exclusivement aux actions anciennes. Une procédure organisée suppose toujours un droit reconnu. Donc pas d'action, pas de formule. Et ainsi l'insuffisance du droit lui-même s'accusait aux yeux de tous par les lacunes de l'album. De là les actions *in factum* dont parle Papinien. Nouvelles, et non pas *vulgares*, elles ne figurent pas dans l'édit, elles n'ont pas de formule

(1) J'ai traduit *judicium* par formule, quoique ce mot désigne ordinairement l'instance qui s'accomplit devant le *judex*. Cette synonymie de *judicium* et *formula*, nettement indiquée ici par le mot *proditis*, car on propose, on publie une formule et non pas une instance, n'a rien qui puisse étonner, si l'on songe que c'est la formule qui organise l'instance et qui en manifeste le caractère. Quant à l'expression *actiones vulgares*, c'est pour prévenir une équivoque que j'évite de la traduire par *actions ordinaires*. En effet, on appelle proprement actions ordinaires celles dans lesquelles le magistrat renvoie les parties devant un *judex* ou un *arbiter*, par opposition aux actions extraordinaires ou *persecutiones* dans lesquelles il prononce lui-même.

tracée à l'avance. Prenez-y garde toutefois, le jurisconsulte, en parlant ce langage, se réfère exclusivement à l'époque où ces actions apparaissent ; mais plus tard, quand la doctrine et la pratique les ont acceptées, elles entrent dans l'édit, elles deviennent elles-mêmes *vulgares*, et elles peuvent avoir leur formule.

Quelles sont précisément ces actions *in factum* dont il est question dans notre texte? Sont-ce seulement les actions *præscriptis verbis* : Ou faut-il y comprendre aussi les actions *in factum* proprement dites? Vous savez déjà que l'action *præscriptis verbis* possède une *intentio in jus*, et que, lorsqu'elle est qualifiée *in factum,* c'est par allusion à sa *demonstratio* seule ; tandis qu'au contraire, les véritables actions *in factum*, celles qu'on oppose aux actions *in jus*, se caractérisent par une *intentio* purement descriptive des faits accomplis, mais où ne figurent pas les expressions *dare*, *facere oportere*, ou autres pareilles. Il y a dans ce double sens de la qualification *in factum* une cause évidente d'équivoque. Papinien, selon moi, embrasse dans la généralité de son observation ces deux classes si dissemblables d'actions *in factum*. Pourquoi pensé-je ainsi? pour deux motifs : le premier, c'est que les actions *in factum*, dans le sens spécial du mot, ne se donnent comme l'action *præscriptis verbis* que là où les actions anciennes font défaut, là où le fait qu'on veut sanctionner n'a pas été prévu et dénommé par la loi. Comme l'action *præscriptis verbis*, elles tirent leur nécessité d'une lacune qu'il faut combler. Mon second motif, c'est que les jurisconsultes n'ont pas l'habitude de désigner l'action *præscriptis verbis* par la qualification pure et simple d'action *in factum*. Pour éviter l'équi-

voque, ils joignent une autre qualification à celle-là ; ils disent, par exemple, *actio in factum civilis*. Tel est bien notamment le langage de Papinien dans les § 1 et 2 de notre loi 1. Ces paragraphes n'ont trait qu'à l'action *præscriptis verbis*; et comparés au *principium* de notre loi, ils prouvent clairement qu'ici l'expression *actio in factum* est employée avec une signification beaucoup plus compréhensive. Voici donc quelle était, fort probablement, la marche suivie par Papinien. Après avoir traité des actions *vulgares* ou anciennes, de celles qui ont une formule écrite sur l'album et qui se distinguent par un nom spécial, il passe à celles qui manquent de ces deux caractères; il indique qu'elles se ressemblent par leur origine et leur but, un peu aussi par leur rédaction, puisque toutes contiennent le narré des faits accomplis. Mais comme elles diffèrent complètement sous un autre rapport, les unes étant purement *in factum* et conservant cette désignation générique, les autres ayant une *in intentio in jus* et s'appelant actions *præscriptis verbis*, il traite distinctement des unes et des autres. Il commence par les actions *præscriptis verbis*, ainsi que le prouve la suite du texte.

§ 1. — Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo ~~ait~~. scribit	Un propriétaire de marchandises aura l'action civile *in factum* contre le patron d'un navire, lorsqu'on ne verra pas d'une manière certaine s'il a pris à bail le navire, ou s'il a donné à bail le transport des marchandises. C'est ce qu'écrit Labéon.

Pour bien comprendre cette première application de l'action *præscriptis verbis*, il faut vous rappeler quelle était, en matière de louage, le langage des Romains. On

distinguait la *locatio rei*, la *locatio operarum*, la *locatio operis faciendi*. Dans les deux premières, on appelait *locator* celui qui rendait un service ne consistant pas en une prestation pécuniaire, soit que ce service eût pour objet la jouissance d'une chose ou l'exécution d'un fait appréciable en argent. On appelait *conductor* celui qui recevait ce service, et qui, en retour, donnait de l'argent. Dans la troisième hypothèse, au contraire, on appelait *locator* celui qui faisait faire l'ouvrage, celui qui donnait de l'argent. Le *conductor* était celui qui recevait cet argent et qui rendait un service consistant *in faciendo*. Comme vous le voyez, les rôles ordinaires étaient intervertis dans cette hypothèse. Je n'ai pas à examiner pour le moment si cette interversion, assurément très-peu rationnelle, très-peu satisfaisante, ne peut pas s'expliquer d'une manière quelconque (1). Ce qu'il importe de comprendre, c'est qu'en fait l'hésitation devait être fréquente, lorsqu'il s'agissait de savoir si une personne jouait le rôle de *locator operarum* ou celui de *conductor operis faciendi*. Nous voyons, en effet, par un texte de Paul (L. 22, § 2, locat. XIX, 2) que l'architecte qui s'engage à construire une maison à ses frais et pour un prix déterminé prend à bail une maison à construire et tout ensemble donne à bail ses services. Or, lequel des deux points de vue faut-il faire dominer ? Ordinairement, on le considère comme *conductor ;* mais évidemment il ne serait pas déraisonnable de le traiter comme *locator*. Même embarras possible pour savoir si nous sommes en présence d'une *locatio rei* ou d'une *locatio operis faciendi*. Et c'est ce que

(1) Voir ci-dessous neuvième conférence.

Papinien suppose dans notre texte. Il faut savoir que le louage de transport rentrait dans la *locatio operis faciendi* (L. 11, § 3. — L. 13 § 1. — L. 25, § 7, locat. XIX, 2). Cependant, si nous supposons qu'un propriétaire charge un navire de marchandises à transporter dans un endroit donné, en fait le doute peut bien s'élever sur la question suivante : Le chargeur a-t-il entendu prendre le navire à bail, être *conductor rei*, ou au contraire donner à bail la mission de transporter ses marchandises, se faire *locator operis faciendi* (1)? L'intérêt pratique de la question peut se traduire par cette autre question: Est-ce l'action *locati* qu'il faut donner au chargeur, ou bien l'action *conducti?* Et de laquelle est-il tenu? Dans le doute, Labéon dont Papinien rapporte et approuve la décision, ne donne ni l'action *conducti* ni l'action *locati*, mais bien l'action *præscriptis verbis*. On évite ainsi au chargeur toute incertitude ; on lui épargne du temps et des frais; car s'il intentait soit l'action *locati*, soit l'action *conducti*, il pourrait bien arriver que le juge, lui déniant la qualité sur laquelle il agit, et n'acceptant pas la qualification donnée au contrat dans la *demonstratio*, prononçât l'absolution du défendeur (2).

Ce texte vient appuyer d'une manière décisive la théorie précédemment développée d'après laquelle les contrats innommés sont traités comme synallagmatiques et l'action *præscriptis verbis* absolument ran-

(1) Je dis qu'il y a là une simple difficulté de fait. C'est ce que prouve la loi 2, pr. de leg. Rhod. (XIV, 2.) Il se peut que la nature du contrat et le rôle de chaque partie soient nettement déterminés, et alors il ne sera pas question de recourir à l'action *præscriptis verbis*.

(2) Est-ce à dire que le demandeur aurait perdu définitivement son droit? Je reviendrai sur cette question. (Voir 13e et 20e conférences.)

gée parmi les actions de bonne foi. En effet, le contrat innommé en présence duquel nous nous trouvons n'est autre chose que l'un de deux contrats nommés, on ne sait lequel. Au fond, c'est ou une *locatio rei,* ou une *locatio operis faciendi,* deux contrats indubitablement synallagmatiques et garantis par des actions de bonne foi. Donc le contrat innommé que l'on imagine ici par l'embarras où l'on se trouve de choisir entre deux contrats nommés, ce contrat, dis-je, est bien synallagmatique; et il est impossible de comprendre que l'action *præscriptis verbis*, évidemment subsidiaire de l'action *locati* ou de l'action *conducti*, ne présente pas le caractère de bonne foi de l'action qu'elle remplace.

Au surplus, je vous ai déjà cité ce texte pour vous montrer que l'action *prœscriptis verbis* remonte au moins à Labéon. Et il est bien permis de conjecturer que ce sont des hypothèses analogues à la nôtre qui suggérèrent aux jurisconsultes une première idée vague des contrats innommés et qui fournirent les plus anciennes applications de l'action *præscriptis verbis*. En face d'un contrat certainement nommé, mais sur le nom duquel on hésitait, ce n'était pas exagérer la hardiesse, ce n'était pas sortir des principes anciens que de donner une action : l'innovation consistait exclusivement dans la nature et le nom de l'action. Ce premier pas fait, on fut conduit, par une pente naturelle, à reconnaitre un contrat et à donner la même action dans d'autres hypothèses où certainement le contrat nommé faisait défaut, mais où l'on pouvait dégager des éléments précis de ressemblance avec certains contrats nommés. Cette tendance se manifeste déjà chez Labéon (L. 19. pr. h. t.). Ainsi la notion du contrat

innommé et l'action *præscriptis verbis*, simples expédients imaginés d'abord pour tourner une difficulté résultant du droit civil, pour donner satisfaction à ce droit d'une manière qu'il n'avait pas prévue, devinrent des moyens de le compléter et de le corriger.

§ 2. — Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit; sed, non exhibita fide, in factum civilis subjicitur actio.

Pareillement, si quelqu'un livre une chose à une autre personne pour en examiner la valeur, il n'y aura ni dépôt ni commodat. Mais, en cas d'infidélité, on donne l'action civile *in factum*.

L'hypothèse de notre texte ne rentre ni dans le dépôt ni dans le commodat. Il n'y a pas dépôt, parce que celui qui reçoit la chose, loin de s'obliger à la garder, pourra la rendre aussitôt qu'il en aura vérifié la valeur; il n'y a pas commodat, parce que la tradition ne lui confère pas le droit de se servir de la chose. Mais ne pourrait-on pas apercevoir dans l'espèce les éléments d'un mandat? Non assurément, si l'*inspector* ne doit examiner la chose que dans son propre intérêt; car il n'y a pas de mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire. Si, au contraire, il doit l'examiner dans l'intérêt du *tradens* ou d'un tiers, que cet intérêt leur soit exclusivement propre ou qu'il lui soit commun avec eux, les principes nous conduiraient, ce semble, à admettre l'idée de mandat. Il paraît, néanmoins, que telle n'était pas la doctrine romaine; car Ulpien, prévoyant la même hypothèse, et reproduisant les décisions de Papinien (L. 17, § 2, h. t.), distingue bien, pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'*inspector*, s'il est seul intéressé on non; mais le contrat, à ses yeux, demeure toujours contrat innommé, puisqu'il donne sans distinction l'action *præscriptis verbis*. Quelle raison a pu

conduire ces jurisconsultes à rejeter ici l'idée de mandat ? Très-probablement, ils ont considéré que si l'*inspector* ne reçoit pas la tradition de la chose, s'il n'est pas mis en contact avec elle, il ne saurait remplir la mission dont il s'est chargé, et qu'en conséquence la convention qui nous occupe ne peut être assimilée au mandat, contrat éminemment consensuel. Quoi qu'il en soit, faute d'une action *vulgaris* résultant d'un contrat nommé, c'est à l'action *præscriptis verbis* que le *tradens* devra recourir. Telle est la décision de notre § 2 qui, à l'exemple du texte précédent, appelle cette action *actio in factum civilis*.

Il importe maintenant de savoir que les compilateurs des Pandectes ne nous donnent ici qu'une partie du texte de Papinien. Ils suppriment une distinction que faisait certainement ce jurisconsulte, ainsi que l'atteste Ulpien dans la loi 17, § 2 déjà citée tout à l'heure. Papinien ne donnait l'action *præscriptis verbis* contre l'*inspector* qu'autant qu'il n'y avait pas de *furtum* à lui reprocher. « Si je vous ai donné une chose à examiner, disait-il, et que vous prétendiez l'avoir perdue, l'action *præscriptis verbis* ne me compète contre vous que si j'ignore où elle est, car, si j'ai la certitude qu'elle est chez vous, je puis exercer l'action *furti* et agir par *condictio* ou *ad exhibendum* (1). » Ainsi lorsque l'*inspector* a véritablement perdu la chose, ou tout au moins lorsque je n'ai pas la certitude qu'il la possède encore,

(1) Ulpien cite textuellement Papinien, et il emprunte cette citation au même livre VIII des questions qui a fourni notre loi 1. Il n'est donc pas douteux que, pour avoir la pensée complète de Papinien, il faut joindre ensemble ces deux textes. Il faut même y ajouter la loi 78 de furt. (XLVII, 2). Voir ci-dessous l'explication de la loi 17 § 2.

je puis agir *præscriptis verbis*. Si au contraire, je suis bien certain qu'il ne l'a pas perdue, je puis exercer toutes les actions que le *furtum* engendre, et comme l'action *præscriptis verbis* n'est donnée qu'à défaut d'actions *vulgares*, elle devient impossible ici parce qu'elle est inutile. Tel est bien évidemment le motif qui détermine la distinction de Papinien.

Je trouve ici une occasion de justifier une assertion précédemment émise, savoir que dans le principe cette action, quoique créée pour consacrer une convention, n'emportait pas l'idée nette d'un contrat qui en fût la cause génératrice. Je veux dire que, sans doute, l'action *præscriptis verbis* ne fut jamais donnée en dehors d'une convention préalable suivie d'exécution par l'une des parties. Mais on ne songea pas tout d'abord à considérer cette exécution comme ayant immédiatement et définitivement transformé la convention en contrat. C'est là une doctrine qui resta longtemps à l'état latent, et c'est ainsi que j'explique l'effacement de l'action *præscriptis verbis* en présence de l'action *furti* et de la *condictio furtiva*. En effet, supposez qu'un dépositaire ou un commodataire se rendent coupables d'un *furtum* à l'égard de la chose déposée ou prêtée : il est indubitable que le *furtum* n'efface pas le contrat de dépôt ou de commodat, et que les actions *depositi ou commodati* subsistent entières malgré la survenance des actions nées du *furtum*. Ici au contraire, le *furtum* va rendre l'action *præscriptis verbis* impossible ; c'est donc que la tradition de la chose n'avait pas formé un contrat; car il serait inconcevable que le délit du débiteur pût anéantir ce contrat. Aussi croirais-je bien volontiers que si les compilateurs ont mutilé le texte de Papinien,

c'est précisément afin d'imprimer à sa décision un caractère de généralité qu'elle n'avait pas dans sa pensée ; c'est parce qu'à leurs yeux la tradition de la chose a donné immédiatement naissance à un contrat, et qu'il ne saurait être au pouvoir du débiteur d'altérer la nature de son obligation. Cela étant, il faut dire sans hésiter qu'ils ont eu tort d'insérer ailleurs ce qu'ils retranchaient ici. Ou ils adoptaient la distinction de Papinien, alors pourquoi la supprimer dans la loi 1? Ou ils la rejetaient, alors pourquoi la reproduire dans la loi 17? Il y a là une véritable incohérence.

Passons aux lois 2, 3 et 4, que je crois devoir joindre ensemble.

L. 2 (Celsus, lib. VIII Digestorum). Nam quum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est,

Car lorsque les actions vulgaires et usuelles, celles qui ont reçu un nom, font défaut, il y a lieu de recourir à l'action *præscriptis verbis*,

L. 3 (Julianus, lib. XIV Digestorum). in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.

Refuge nécessaire, toutes les fois qu'il s'agit de contrats que le droit civil n'a pas nommés.

L. 4 (Ulpianus, lib XXX ad Sabinum). Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula.

Naturellement, en effet, il y a plus de variété dans les opérations juridiques que dans les dénominations.

Avant de vous présenter les observations fort peu importantes que ces textes me suggèrent, je vous prie de bien noter le procédé de suture maladroite qu'emploient ici et en tant d'autres endroits les compilateurs des Pandectes. Vous avez vu dans la loi 1 que Papinien, sans nommer l'action *præscriptis verbis*, la désigne assez nettement, et nous montre dans quelles espèces d'hypothèses elle peut être nécessaire. Pour compléter la pensée de ce jurisconsulte, les rédacteurs ont jugé à propos d'emprunter des phrases ou des lambeaux de

phrases à trois autres jurisconsultes. C'est d'abord Celsus qui, en des termes assez semblables à ceux de la loi 1, pr., nous indique l'origine de l'action *præscriptis verbis*. Puis Julien vient achever la phrase et parfaire l'idée de Celsus. Suit enfin une observation générale d'Ulpien, tendant à montrer que la marche suivie dans la formation de notre théorie n'a rien que de très-naturel. Il est bien difficile de croire que, dans la composition d'un pareil amalgame, les textes aient été parfaitement respectés. La forme ou l'idée, l'une et l'autre peut-être, ont subi des altérations. Je considère donc ces textes comme l'expression d'idées qui ont prévalu dans la législation de Justinien, et même avant ce prince ; mais je ne puis y voir l'expression certaine de la pensée des jurisconsultes auxquels ils sont attribués. Un mot maintenant sur chacune de ces lois.

L. 2.— Je me suis permis de conjecturer que Celsus n'admettait pas l'action *præscriptis verbis* dans les contrats *do ut des*, *do ut facias* (1). Faut-il nécessairement conclure de là que la mention de cette action dans notre texte constitue une interpolation ? Non. Il est fort possible que Celsus n'admît pas l'action *præscriptis verbis*, à la suite d'une dation *ob rem* parce qu'ici les actions vulgaires ne font pas absolument défaut, parce que celui qui a donné puise dans les principes anciens le droit d'exercer une *condictio ;* et que, néanmoins, cette action lui parût pleinement acceptable dans certains *negotia facio ut des* ou *facio ut facias,* cela lorsque l'auteur du *factum* se trouve dépourvu de toute action civile. Une telle doctrine ne serait, en définitive,

(1) Voir ci-dessus page 40 et s.

que l'application rigoureusement exacte de ce qui est dit dans notre loi 2 : c'est lorsque les actions vulgaires et nommées font défaut qu'il y a lieu d'agir *præscriptis verbis*.

L. 3. — Nous avons vu que, selon toute probabilité, Julien n'admettait pas l'action *præscriptis verbis*, et que là où il reconnaissait un contrat nouveau, un contrat sans nom juridique, il donnait une action *in factum*, modelée sur l'action du contrat nommé le plus semblable. Il est donc fort probable que notre texte se référait aux actions *in factum* ; et que, sans y changer un seul mot, les commissaires de Justinien en ont complètement dénaturé le sens. Si, en effet, Julien avait parlé de l'action *præscriptis verbis*, s'il eût exprimé que le créancier, devenu tel en vertu d'un contrat innommé, n'a d'autre ressource que cette action, naturellement on lui aurait pris sa phrase entière ; on ne se fût pas borné à lui en emprunter une partie pour compléter la loi précédente. Il est donc à peu près évident que ni Celsus ni Julien n'émettaient l'idée qui résulte de la juxtaposition de leurs deux textes. Celsus admettait peut-être l'action *præscriptis verbis*, mais ne l'admettait pas indistinctement dans les quatre *negotia* que nous avons analysés ; il en faisait, dans toute la force du terme, une action subsidiaire. Quant à Julien, il repoussait l'action *præscriptis verbis*, et sanctionnait les contrats innommés par des actions *in factum*. Quelle que soit, du reste, la valeur de cette conjecture, notre loi 3 concourt à établir ce que j'ai précédemment avancé, que jamais l'école sabinienne ne rejeta l'idée des contrats innommés, et que la dissidence des juris-

consultes se manifesta surtout à propos de l'action par laquelle il fallait les garantir.

L. 4. — Ulpien nous fait remarquer que les opérations juridiques possibles sont plus nombreuses que les dénominations de contrats admises par la loi. Pour toutes ces opérations juridiques non dénommées et par elles-mêmes dépourvues de caractère obligatoire, les parties avaient la ressource de recourir à la stipulation. Aussi lisez-vous aux Institutes (§ 3, de divis. stipul. III, 18) que les stipulations conventionnelles sont en quelque sorte innombrables et ne présentent pas moins de variété que les opérations juridiques susceptibles d'être conçues par notre intelligence,

Une observation générale se dégage de l'ensemble des textes que nous venons d'analyser : C'est que l'action *præscriptis verbis* est une action essentiellement subsidiaire, une action donnée à défaut d'autre et qu'on refuse quand le droit civil fournit une action nommée. Toutefois, la portée de cette proposition un peu trop générale a besoin d'être limitée par une double précision. D'abord il est vrai aussi des actions *in factum* et de l'action *de dolo* qu'elles présentent un caractère subsidiaire. Est-ce qu'elles vont concourir avec l'action *præscriptis verbis?* Aucunement ; je vous ai démontré déjà que l'action *præscriptis verbis* suppose toujours une convention transformée en un contrat spécial ; et ceci la sépare soit de l'action *de dolo* qui exclut l'idée d'une obligation conventionnelle, soit des actions *in factum* qui sont données, les unes en dehors de toute convention, d'autres en vertu d'une convention non qualifiée contrat ; d'autres enfin par extension d'une action contractuelle connue dont elles suivent les règles. Ainsi,

premier point bien certain, l'action *præscriptis verbis* ne sera pas donnée partout où une action sera nécessaire et où le droit civil n'en fournira point: elle suppose un contrat *sui generis*. En second lieu, ce serait une grave erreur de croire que la personne à qui l'action *præscriptis verbis* appartient n'en ait jamais aucune autre à son service. Nous avons bien vu tout à l'heure Papinien rejeter cette action parce que le créancier pouvait exercer l'action *furti* et les autres actions résultant du *furtum* (L. 17, § 2, h. t.). Mais il est constant que dans les contrats *do ut des*, *do ut facias* le créancier peut opter entre l'action *præscriptis verbis* et la *condictio*. Pour revenir à l'hypothèse de Papinien (L. 1, § 2. —L. 17, § 2, h. t.), n'est-il pas évident que celui qui m'a livré sa chose pour l'examiner pourrait en toute hypothèse la revendiquer? Cependant, sauf au cas de *furtum*, on n'hésite pas à lui donner l'action *præscriptis verbis*. Disons donc que cette action ne concourt pas avec une autre action contractuelle, mais qu'elle peut très-bien concourir avec une autre action indépendante de l'idée de contrat. Et cela se comprend à merveille: car les deux actions, de même qu'elles dérivent de causes différentes, tendront aussi à des fins différentes.

En résumé, l'action *præscriptis verbis* ne se donne qu'en matière de contrats et à défaut d'action contractuelle nommée. Ainsi en vous donnant une chose, j'ai stipulé que vous m'en donneriez une autre; il ne sera pas question ici de l'action *præscriptis verbis*, parce que l'action *ex stipulatu* me compète et me suffit. (L. 4, C. de rer. permut. IV, 64.) Ce n'est donc pas en toute matière ni d'une manière absolue qu'elle est subsidiaire.

De même toutefois que la cause de cette action, savoir le contrat innommé, ne fut dans le principe ni formulée ni même nettement aperçue, ainsi, en sens inverse, nous trouverons même dans la doctrine définitive quelques hypothèses exceptionnelles où l'action *præscriptis verbis* découle d'un contrat nommé (L. 50, de contr. empt. XVIII, 1. — L. 2, C. de pact. int. empt. IV, 54) (1). Cette bizarrerie s'expliquera historiquement. L'existence du contrat nommé, d'abord contestée dans ces hypothèses, avait fini par se faire accepter; et l'action *præscriptis verbis*, autrefois subsidiaire, resta comme vestige d'anciennes dissidences; on la maintint en concours avec l'action nommée qui la rendait inutile.

(1) Voir ci-dessous sur la loi 5 § 1 et sur la loi 20 pr.

6e CONFÉRENCE.

La loi 5, à laquelle nous arrivons aujourd'hui, mérite toute votre attention, moins encore par les graves difficultés qu'elle soulève que parce qu'elle contient le résumé à peu près complet de la matière et le seul essai de synthèse que nous en aient laissé les Romains. On peut dire que, si cette loi ne traite pas toutes les questions relatives à la théorie des contrats innommés, il n'en est pas une peut-être qu'elle n'effleure ou ne fasse naître. Aussi ne craindrai-je pas d'affirmer que celui qui l'a bien comprise, soit en elle-même, soit dans ses rapports avec quelques autres textes importants, possède dans son ensemble et dans ses détails la théorie tout entière. C'est vous annoncer que l'étude de la loi 5 absorbera à elle seule un certain nombre de conférences, et le temps qu'elle paraîtra dérober à l'examen des autres lois sera en réalité du temps gagné.

L. 5, pr. (Paulus, lib. V quæstionum). Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi; convenit inter nos ut et tu meum manumitteres, et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi tenearis quæsitum est. In hac quæstione, totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus: Aut enim do tibi ut des; aut do ut facias; aut facio ut des, aut facio ut facias; in quibus quæritur quæ obligatio nascatur.

Vous avez pour esclave mon fils naturel, et moi le vôtre; il a été convenu que j'affranchirais votre fils, et vous le mien. J'ai affranchi, vous n'avez pas affranchi. On a demandé de quelle action vous êtes tenu. A propos de cette question, on peut examiner dans son ensemble la matière des prestations faites en vue d'un but déterminé, matière qui se prête à quatre combinaisons. En effet, ou je vous donne pour que vous me donniez; ou je donne pour que vous fassiez; ou je fais pour que vous donniez, ou je fais pour que vous fassiez. Dans ces diverses espèces, on se demande quelle est la nature de l'obligation qui prend naissance.

Je pense n'avoir guère besoin d'insister sur les données de fait qui constituent l'hypothèse. Comment peut-il se faire que j'aie pour esclave votre fils naturel, et vous le mien? Supposez, si vous le voulez, que j'ai vécu *in contubernio* avec votre *ancilla*, et que vous vous êtes comporté de même avec la mienne. Comme la filiation paternelle de l'enfant issu du *contubernium* est réputée certaine, et que d'autre part les enfants nés d'une *ancilla* appartiennent régulièrement au maître de la mère, il arrivera bien dans cette espèce que vous serez propriétaire de mon fils et moi du vôtre. On peut encore supposer, mais ceci serait plus compliqué, que les deux pères eux-mêmes étaient *servi* lorsque les enfants sont nés, qu'ils ont été affranchis depuis, et que chacun d'eux a été institué héritier par le patron de l'autre, ou bien a acquis de ce patron par toute autre voie, par exemple par legs, l'enfant naturel de l'autre père. Vous pouvez admettre aussi qu'il s'agit d'enfants nés légitimes, mais qu'un esclavage encouru *jure civili* a fait descendre au rang de *naturales* : par exemple, vous avez de bonne foi acheté mon fils qui majeur de vingt ans se laissait vendre *ad participandum pretium*, et j'ai acheté votre fils dans les mêmes conditions. Nul obstacle enfin à combiner deux des trois explications que je vous donne : Mon fils peut se trouver soumis à votre *dominica potestas* par telle des trois circonstances indiquées, et le vôtre à la mienne par l'une des deux autres. Ce qu'il importe d'observer c'est que la convention qui nous occupe intervenant entre deux hommes, il ne saurait être question d'enfants *vulgo quæsiti*, puisque ces enfants n'ont pas en

naissant et ne peuvent jamais acquérir la certitude légale de leur filiation paternelle.

Ceci bien compris, le jurisconsulte suppose que pour une raison quelconque je voudrais voir mon fils obtenir la liberté, et que vous éprouvez le même désir à l'égard du vôtre. Il y aurait un moyen fort simple de réaliser nos vœux respectifs; ce serait de nous faire immédiatement une translation réciproque de propriété, puis chacun affranchirait son propre fils. Mais l'un de nous sans doute tient à conserver sur son esclave une fois affranchi les *jura patronatus*. Donc nous convenons seulement que vous affranchirez mon fils, que j'affranchirai le vôtre. Tant que cette convention reste inexécutée des deux parts, il n'y a point d'obligation, point d'action. Il n'y a qu'un *pactum nudum*. Et c'est pourquoi le jurisconsulte suppose que j'ai fait l'affranchissement convenu : alors seulement s'élève la question de savoir quelle action m'appartient. Cette question ne recevra sa réponse que dans le § 5 de notre loi. Et c'est pour la décider avec plus de méthode que Paul, à propos de cette seule hypothèse, s'engage dans une exposition générale de la matière.

J'appellerai particulièrement votre attention sur cette expression *totius ob rem dati tractatus*. Il faut éviter de confondre les expressions *ob rem datum* et *ob causam datum*. On est assez volontiers porté à commettre cette confusion parce que dans certains cas la synonymie des deux locutions n'est pas douteuse. Ainsi dans la rubrique du titre *de condictione ob causam datorum*, au Code (IV, 6), on ne changerait rien au sens, on parlerait seulement un langage plus technique, en mettant *ob rem* à la place de *ob causam*. En effet,

pour qui s'exprime avec une entière exactitude, *dare ob rem* signifie donner en vue d'un but à atteindre, en vue d'un fait à venir. *Dare ob causam* signifie, au contraire, donner à raison d'un fait déjà accompli. Ainsi la *res* se réfère à l'avenir, la *causa* au passé. Dans la *datio ob rem*, je veux obliger quelqu'un envers moi; dans la *datio ob causam*, j'entends, au contraire, répondre à une prestation par moi reçue. Ainsi celui qui donne *ut sibi detur* fait une *datio ob rem*. Quand l'autre partie lui fera à son tour la dation convenue, ce sera une *datio ob causam*. L'intérêt pratique de la distinction, c'est que l'action en répétition, possible en cas de *datio ob rem*, est impossible en cas de *datio ob causam*, et cette différence tient à la nature même du but qu'on s'est proposé en donnant (L. 52, de cond. ind. XII, 6.) (1).

Une autre observation non moins essentielle porte sur le sens large et assez inusité que Paul donne ici au au mot *dare*. Ce qu'il appelle *datum ob rem*, ce n'est pas seulement un transport de propriété, c'est aussi un fait. En un mot, *dare* équivaut ici à *dare et facere*. Que telle soit bien la pensée du jurisconsulte, la plus légère attention vous en convaincra. Il va examiner *totius ob rem dati tractatus*. Or, cette matière, le *da-*

(1) Voici le texte de cette loi : « Damus aut ob causam, aut ob rem; ob » causam præteritam, veluti quum ideo do quod aliquid a te consecutus » sum, vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repeti- » tio ejus pecuniæ non sit; ob rem vero datur ut aliquid sequatur, quo non » sequente repetitio competit. » Consultez aussi la loi 65, pr. § 2 et § 4, au même titre.

C'est cette différence entre la *datio ob rem* et la *datio ob causam* qui m'a déterminé à employer toujours l'expression *condictio ob rem dati*, de préférence à l'expression également consacrée *condictio causa data, causa non secuta*.

tum ob rem, comprend, dit-il, quatre sortes d'opérations, dont deux se forment par une dation proprement dite et les deux autres par un *factum*. La conclusion est claire, et je n'insiste pas (1).

Quant au sens précis des mots *dare, facere*, dans ces locutions *do ut des*, *do ut facias*, etc., inutile d'y revenir après les développements précédemment fournis. Mais observez bien le procédé de Paul : une fois posée la quadruple division que vous connaissez, il ne se demande pas s'il y a une obligation dans chacun des quatre cas prévus ; sur ce point, nul doute possible à ses yeux. Mais il se demande quelle est cette obligation, c'est-à-dire quelle sera l'action. Pour qu'il prenne la peine d'examiner à propos d'une seule hypothèse l'ensemble de la théorie, il faut évidemment supposer que cette théorie n'était pas encore bien arrêtée, n'avait pas reçu sa formule définitive. Et le contenu même de la loi 5 nous le prouvera.

L. 5. § 1. — Et si quidem pecuniam dem ut rem accipiam, emptio et venditio est ; sin autem rem do ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse ; dubium non est nasci civilem obligationem ; in qua actione id veniet non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud de quo convenit accipere, vel, si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præstare debes. Explicitus est articulus ille do ut des (2).

Si c'est de l'argent que je donne pour obtenir une chose, il y a vente et achat ; si au contraire je donne une chose pour recevoir une autre chose, comme on n'admet pas que l'échange rentre dans la vente, cette opération engendre sans aucun doute l'action *civilis* ; et cette action aura pour objet non pas la restitution de ce que vous avez reçu, mais une condamnation égale à l'intérêt que j'avais à obtenir la chose convenue, ou, si j'aime mieux recouvrer ma chose, je répéterai ce que j'ai donné comme ayant été donné en vue d'un but qui n'est pas atteint. Que si je vous ai donné des coupes pour que vous me donniez Stichus, Stichus sera à mes risques, et vous n'êtes comptable que de votre faute. Nous avons expliqué la première combinaison : je donne pour que vous donniez.

(1) Cette observation explique pourquoi j'ai traduit *dati* par le mot vague de *prestation*.

(2) *Articulus*, désignant ici le premier terme de la division posée par

Le *negotium do ut des*, en d'autres termes la translation de propriété en vue d'obtenir une autre translation de propriété, peut affecter les quatre formes suivantes.

1° *Do pecuniam ut des pecuniam.*

2° *Do rem ut des pecuniam.*

3° *Do pecuniam ut rem des.*

4° *Do rem ut rem des.*

Paul ne s'occupe pas de la première hypothèse, et je ne m'en occuperai pas non plus. Elle rentre trop visiblement dans le *mutuum*.

Paul ne parle pas davantage de la seconde hypothèse, cela parce qu'évidemment elle appartient à la vente. En effet, si je vous ai livré pour un prix déterminé une chose qui ne m'appartenait pas, la vente existe incontestablement. Parce que j'ai fait plus, parce que je vous ai rendu propriétaire, le contrat de vente ne saurait disparaître : il faut dire seulement qu'il a reçu une exécution plus entière.

A l'égard des deux dernières hypothèses, les seules auxquelles le jurisconsulte s'attache, nous avons à examiner si la distinction qu'il établit entr'elles est bien fondée. Je donne de l'argent pour obtenir une chose, il y a vente ; je donne une chose pour obtenir une autre chose, il y a échange : voilà la doctrine de Paul. Or n'aurait-on pas pu soutenir d'abord que ces deux hypothèses se confondent en une seule; puis, que toutes les deux constituent des ventes, ou que toutes les deux constituent des échanges? Cette confusion fut commise par cer-

Paul, équivaut évidemment au mot *species* qui figure dans le *principium* de notre texte. Deux passages bien connus de Gaius donnent la même signification au mot *articulus* (Gaius, II, § 2. — L. 1, pr. de divis, rer. 1, 8).

tains jurisconsultes; et les deux points de vue diamétralement opposés que je viens de signaler trouvèrent des défenseurs.

C'est chose bien connue que l'école Sabinienne essaya de faire rentrer l'échange proprement dit, la dation d'une chose pour une autre chose, dans le contrat de vente. Paul lui-même nous a donné la réfutation la plus nette de cette doctrine (L. 1, § 1, de contr. empt. XVIII, 1. — L. 1, pr. de rer. permut. XIX, 4). La vente suppose une *merx* et un *pretium*. Celui qui fournit la *merx* s'appelle vendeur; celui qui fournit le *pretium*, acheteur. Or, il importe de distinguer d'une manière sûre les rôles de ces deux personnes, parce que leurs obligations ne sont pas identiques. Admet-on que le *pretium* doit consister en une marchandise invariablement déterminée, en argent monnayé? On possède un critérium qui ne trompera jamais. Si au contraire le *pretium* peut consister en une chose quelconque, qui sera le vendeur? Qui sera l'acheteur? Cette distinction si essentielle devient impossible dans la pratique. Sabinus disait bien que l'on qualifierait vendeur celui des deux échangistes qui se proposait de vendre la chose par lui livrée (Gaius, III, § 141). Soit : mais si par hasard l'un et l'autre avaient songé à vendre leur chose, ou si ni l'un ni l'autre n'en avaient jamais eu l'idée, si l'échange avait été leur but direct à tous les deux, est-ce que la difficulté ne reparaissait pas, et cette fois insoluble? L'opinion Sabinienne succomba donc, parce qu'elle altérait l'essence même du contrat de vente.

Que si maintenant nous supposons de l'argent monnayé donné pour obtenir la dation d'une autre chose, à plus forte raison les Sabiniens devaient-ils reconnaître

ici les caractères du contrat de vente. Et à coup sûr, la critique de Paul, si décisive dans l'espèce précédente, ne se concevrait plus dans celle-ci : il y a une *merx*, il y a un *pretium*, la distinction des rôles est nette. Nous sommes donc en présence d'une vente. Et telle est la décision que Paul lui-même formule sans la moindre discussion. Cependant le Proculien Celsus, qui comme tous ceux de son école, et avec moins de mesure qu'eux, séparait l'échange proprement dit de la vente, Celsus, dans un texte que j'aurai bientôt à vous expliquer (L. 16, de cond. caus. dat. XII, 4), décide que notre hypothèse ne participe pas de la vente, et il n'y voit autre chose qu'une *datio ob rem*; il la fait rentrer dans l'échange, comme les Sabiniens faisaient rentrer l'échange dans la vente. Quel motif pouvait donc le pousser à rejeter ici l'idée de vente ? Le voici : l'échange implique une double translation de propriété. Si la partie qui fait la première tradition ne rend pas l'autre partie propriétaire, il n'y a pas d'obligation contractuelle à la charge de celle-ci; et si, à son tour, la partie qui a reçu une dation se bornait à une tradition non translative de propriété, elle n'aurait pas exécuté son obligation. Au contraire, en cas de vente, l'acheteur est bien obligé de transférer la propriété du prix. Est-il en droit d'exiger une translation de propriété de la chose vendue ? J'essaierai bientôt de vous présenter la question dans tout son jour : pour le moment, je me borne à vous rappeler que, si le vendeur a livré de bonne foi la chose d'autrui, l'acheteur, tant qu'il n'est pas évincé ou placé dans une des hypothèses qu'on assimile à l'éviction, ne saurait exercer aucun recours. Un échangiste, en pareil cas, serait fondé à se plaindre et à agir

immédiatement. Or, si vous examinez les termes de la loi 16, *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares,* il est bien évident que l'hypothèse comporte la nécessité absolue d'une double translation de propriété. Et voilà pourquoi Celsus refuse d'appliquer ici les règles de la vente. N'allez pas prétendre, pour le mettre d'accord avec Paul, que ce dernier jurisconsulte statue sur une hypothèse différente. Il est vrai qu'il dit : *dedi pecuniam ut rem accipiam,* et non pas *ut res detur*. Or, *accipere*, me dirait-on, peut bien ne pas faire allusion à une tradition nécessairement translative de propriété. Ceci n'est pas sérieux, car Paul arrivant ensuite à l'hypothèse qu'il considère comme étant seule un échange, emploie encore le même langage, *Si rem do ut rem accipiam;* or évidemment *accipere* signifie bien ici recevoir la propriété. Ajoutez que l'ensemble du § 1, c'est ce qui résulte de la dernière phrase, se réfère exclusivement à l'opération *do ut des*. La contradiction entre Celsus et Paul est donc flagrante.

Maintenant, quelle est, de ces deux opinions, celle qui a prévalu ? J'estime, et je me fonde sur la manière affirmative dont s'exprime notre loi 5, que c'est celle de Paul ; et elle le méritait par son caractère assurément plus rationnel. Que le vendeur, en effet, ne s'oblige pas absolument à transférer la propriété, j'y consens, mais il ne lui est pas défendu de contracter cette obligation ; il lui suffit pour cela d'un pacte adjoint *in continenti*. Eh bien ! ce pacte me paraît exister de la manière la plus évidente, lorsque nous concevons notre convention dans ces termes : *Do tibi pecuniam, dabis domum*. C'est comme si l'acheteur avait dit avec plus de développement : « J'achète votre maison, mais je

» n'entends pas me contenter d'une possession paisible,
» je veux devenir propriétaire immédiatement, et si je
» m'aperçois que cette qualité vous manquait, je veux
» avoir le droit de vous poursuivre sans attendre
» l'éviction. » La bonne foi n'admet pas d'autre interprétation que celle-là, ni par conséquent d'autre doctrine que celle de Paul. Au surplus, si, comme nous l'avons vu, la convention *do domum ut pecuniam des* rentre évidemment dans la vente, comment comprendre que la même convention renversée soit autre chose qu'une vente? L'interversion de l'ordre des facteurs ne saurait changer le résultat.

Dans l'opinion de Paul, nous sommes conduits à admettre, ce que Celsus aurait certainement rejeté, que la simple convention *Dabo pecuniam ut des domum* sera obligatoire. Car, c'est pareillement une vente, mais une vente qui, à la différence de celle que suppose Paul, n'a reçu aucune exécution.

Un dernier mot sur cette hypothèse *do pecuniam ut des rem*. Puisque Celsus, à tort ou à raison, veut y voir un échange, il suit de là que nous pourrons connaître par la loi 16 les doctrines de ce jurisconsulte sur l'échange en général; car sans doute les décisions qu'il donne sur notre espèce, il les appliquait, et à bien plus forte raison, au cas où tout le monde ne reconnaissait autre chose qu'un échange, je veux dire à l'hypothèse *do rem ut des rem*. C'est cette dernière hypothèse qui doit seule désormais concentrer votre attention; je ne me suis un peu étendu sur la précédente que pour vous montrer qu'elle est en dehors de notre matière, et l'écarter.

Renfermons-nous provisoirement dans l'analyse des

decisions de notre texte. L'échange, nous dit Paul, engendre une *obligatio civilis*. Vous connaissez déjà le sens spécial que présente ici le mot *civilis*. Le jurisconsulte emploie, du reste, le mot *obligatio* comme synonyme d'*actio*, ainsi que cela résulte visiblement de la suite du texte : *In qua actione*, etc. Il veut donc exprimer que l'obligation qui naît ici est celle à laquelle les jurisconsultes ont attaché l'action *præscriptis verbis* ou action *civilis*. Quel sera l'objet de cette action ? Une interprétation trop littérale du texte nous conduirait à ceci : l'action *præscriptis verbis* aura pour objet, non pas la restitution de la chose donnée, mais au choix du demandeur, la condamnation aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution ou la répétition de sa chose. Ainsi le demandeur ne poursuivrait que des dommages-intérêts et non pas la restitution de la chose qu'il a donnée ; et cependant, par cette même action, il répéterait, s'il l'aimait mieux, sa chose elle-même. Vous voyez que Paul, ainsi littéralement entendu, détruirait sa propre décision et admettrait que le demandeur ne peut pas reprendre sa chose, et que néanmoins il le peut. Aussi est-ce là une interprétation que personne, à ma connaissance, n'a proposée. Le texte, évidemment, veut distinguer deux actions entre lesquelles le demandeur choisira, l'action *præscriptis verbis* et la *condictio ob rem dati*. Cette interprétation, commandée par le bon sens et par les principes, est en parfaite harmonie avec le texte du paragraphe suivant dans lequel Paul, distinguant nettement les deux actions, déclare reproduire la doctrine qu'il a émise sur le contrat *do ut des ;* elle sera d'accord aussi avec la gram-

maire si, au lieu de *repetatur*, vous lisez *repetetur* (1). Cette simple correction présente un autre avantage, c'est de faire ressortir assez clairement cette idée déjà démontrée que la *condictio ob rem dati* ne provient pas de la même cause que l'action *præscriptis verbis*. Celle-ci nait seule de la *civilis obligatio* dont parle le texte, elle résulte seule du contrat.

Paul termine par l'examen de la question suivante : Qu'arriverait-il si je vous avais donné des coupes pour obtenir de vous l'esclave Stichus, et que ce dernier vînt à périr par cas purement fortuit et avant de m'avoir été livré? La perte tomberait sur le créancier, le débiteur n'étant responsable que de sa faute. Telle est la décision de Paul, décision qui, remarquez-le dès à présent, exclut aussi bien la *condictio ob rem dati* que l'action *præscriptis verbis*. Si l'une de ces deux actions survivait, ce serait une véritable dérision que de dire : Stichus est aux risques du créancier, et le débiteur ne répond que de sa faute. Car qu'il ne soit pas indifférent, quant au résultat juridique, de savoir si une personne est tenue à la fois de deux actions qui ne se cumulent pas ou bien d'une seule action, cela est incontestable; mais à ne regarder que la charge définitive qui pèse sur le débiteur, c'est à peu près même chose; et il est bien impossible de le dire libéré, quand de deux actions compétant alternativement contre lui, l'une s'éteint, l'autre continuant d'exister.

Pour compléter l'étude de notre texte, deux choses

(1) Un autre texte (L. 4, C. de rer. permut. IV, 64.) paraît bien donner comme but alternatif à l'action *præscriptis verbis* ou l'obtention de dommages-intérêts ou le recouvrement de la chose donnée. Ce texte sera expliqué sous la loi 9 de notre titre.

sont indispensables : c'est d'abord une analyse et une discussion de la loi 16, *de condict. caus. dat.*, qui contredit la doctrine de Paul; c'est ensuite, et à titre de conclusion, une comparaison de l'échange et de la vente. Le temps nous manquerait aujourd'hui pour approfondir même une seule de ces deux matières. Aussi vais-je consacrer les quelques minutes qui me restent à préciser un point que Paul n'a pas abordé et qui peut jeter quelque lumière sur la conception première des contrats innommés.

Vous avez tous remarqué avec quel soin le jurisconsulte relève cette idée incontestée de son temps que l'échange ne rentre pas dans la vente : c'est qu'en effet s'il en était autrement, il n'y aurait pas lieu de se préoccuper de l'échange à propos du *tractatus ob rem dati*, et il ne serait pas ici question de l'action *præscriptis verbis* qu'on donne seulement à défaut d'actions vulgaires. Telle est bien la pensée de Paul; et vous pourriez en conclure, un peu légèrement, que jamais le même fait n'engendre à la fois l'action *præscriptis verbis* et l'action *venditi*. Vous pourriez dire : ou le contrat est nommé et classé par le droit ancien, et alors pas d'action *præscriptis verbis*; ou, au contraire, le contrat n'est pas classé, ou tout au moins il y a incertitude sur la classe dans laquelle il faut le ranger, et alors l'action *præscriptis verbis* est seule possible. Eh bien! ce dilemme, très-exact dans l'immense majorité des cas, vous induirait en erreur dans quelques hypothèses spéciales.

Une constitution très-connue de l'empereur Alexandre Sévère, statuant sur le mode d'exercice du pacte de réméré, donne au vendeur le choix entre l'action

præscriptis verbis et l'action *venditi.* (L. 2, C. de pact. int. empt. IV, 54.) (1). Cette doctrine me paraît impossible à justifier rationnellement ; mais elle s'explique très-bien comme transaction entre deux systèmes contraires qui avaient longtemps partagé les jurisconsultes. La question posée ne s'appliquait pas seulement au pacte de réméré, mais à tous les pactes résolutoires qui accompagnaient un contrat de vente pure et simple. L'effet de ces pactes, au moins dans la doctrine générale de l'époque classique, était de résoudre le contrat et non pas d'anéantir de plein droit la translation de propriété effectuée par le vendeur. Il s'agissait donc de savoir par quelle action ce dernier allait redemander sa chose. Ce ne pouvait être que par une action personnelle (2).

Tout le monde lui reconnaissait le droit d'exercer une *condictio sine causa ;* mais cette action *stricti juris* ne suffisait pas aux exigences de la bonne foi. Elle n'assurait pas l'exécution des prestations réciproques que les parties pouvaient se devoir. Les deux écoles s'accordèrent donc à reconnaître la nécessité d'une action contractuelle. Mais elles se séparèrent sur le nom et la nature de l'action. Les Sabiniens paraissent n'avoir guère hésité à donner l'action *venditi directa.* C'est ce que les textes disent formellement quant à la *lex commissoria* et au

(1) Voici le texte du rescrit : Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive hæredes eorum emptori pretium quandocumque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictæ hæres emptoris non paret, ut contractus fides servetur actio præscriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum quæ post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.

(2) Ulpien paraît avoir admis que le droit de propriété de l'acheteur se résolvait de plein droit, et il donnait au vendeur une revendication utile. (Voir M. Pellat, sur la loi 41, de rei vindic.). Mais faisait-il rétroagir la résolution contre les tiers? C'est une question qui me parait au moins douteuse.

pactum displicentiæ. (L. 6, § 1, de contr. empt. XVIII, 1. — L. 6, de resc. vend. XVIII, 5.). Toutefois, Paul qui dans ce dernier texte rapporte l'opinion de Sabinus, hésite sur l'action *directa* et parait se contenter d'une action *in factum proxima empti*, c'est-à-dire d'une action de vente utile. La doctrine des Sabiniens, consacrée pour le réméré par Alexandre Sévère (L. 2, précitée), avait été antérieurement admise en cas de *lex commissoria* par Septime Sévère et Caracalla ; mais Ulpien qui rapporte la décision de ces princes, tout en s'inclinant devant l'autorité législative, tout en disant : *jam decisa est quæstio*, ne peut s'empêchèr de faire cette observation, *et quidem finita est emptio* (L. 4, pr. de leg. commiss, XVIII, 3.), la vente a disparu. Il est donc bien bizarre qu'un vendeur qui a cessé d'être vendeur emploie l'action *venditi* pour obtenir les conséquences de la résolution du contrat (1). Vainement Pomponius nous recommande (L. 6, § 1 de contr. empt.) de ne pas nous troubler de cette objection ; vainement ajoute-t-il que si les obligations du vendeur sont incontestablement résolues, toute obligation n'a pas cessé du côté de l'acheteur. Soit ; mais qu'est-ce qu'une vente dans laquelle il n'y a plus de vendeur ? Sans doute, la doctrine Sabinienne part de l'idée très-exacte qu'il faut consacrer les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de bonne foi, et c'est bien ce qu'exprime le même texte de Pomponius, *quum lege id dictum sit*. Mais les Sabiniens oublient que les pactes adjoints, s'ils peuvent modifier

(1) En supposant une vente mise à néant par une convention postérieure, Julien donnait aussi à l'acheteur l'action *ex empto* pour répéter la portion du prix qu'il avait payée à titre d'arrhes (L. 11, § 6, de act. empt. et vend. XIX, 1).

la nature d'un contrat, ne sauraient en altérer les éléments essentiels, spécialement qu'un pacte qui aboutit à supprimer le vendeur supprime du même coup la vente tout entière, et que désormais le pacte, au lieu de s'ajouter au contrat, s'y substitue. Je ne vois donc, dans cette doctrine, qu'un effet de la résistance obstinée des Sabiniens à l'action *præscriptis verbis*, et je m'étonne de la trouver accueillie par Pomponius, qui, nous le savons, ne répugnait pas du tout à admettre l'action créée par Labéon. Je ne m'étonne pas moins de la voir également acceptée par Paul dans une hypothèse autre que celle sur laquelle avaient statué les rescrits de Septime, Sévère et Caracalla (L. 6, de ~~leg. commiss.~~) rescr. vend.

Reste à motiver la doctrine Proculienne, et c'est chose bien aisée. La vente une fois résolue, anéantie juridiquement, que reste-t-il? Une dation sous la condition de restituer dans un cas prévu, une dation *certa lege*, comme dit Papinien (L. 8, in fine, h. t.). En d'autres termes, les Proculiens, au lieu de garantir le pacte comme adjoint à un contrat qui n'existe plus, le garantissent comme adjoint à une aliénation que n'a pas anéantie la résolution de la vente. Or, si nous analysons les contrats innommés formés par une dation, qu'y trouvons-nous? Invariablement deux choses, une aliénation et un pacte adjoint *in continenti* en faveur de l'aliénateur. Les éléments du contrat *do ut des* se montrent donc bien visiblement dans les ventes résolues.

Rechercherons-nous maintenant quelle est de ces deux doctrines celle qui a prévalu? Le rescrit d'Alexandre Sévère nous prouve bien que pour le cas de

réméré, l'une et l'autre ont fini par entrer dans la législation. Mais faut-il généraliser la décision de ce rescrit? Ulpien, tout en constatant que les empereurs Septime Sévère et Caracalla avaient consacré l'action *venditi* au cas de *lex commissoria*, ne nous dit nullement qu'ils eussent rejeté l'action *præscriptis verbis*. J'incline donc à croire que l'option exprimée pour un seul cas par Alexandre Sévère était générale. L'action *præscriptis verbis* fut admise, et elle devait l'être, parce qu'elle dérivait des vrais principes; si l'action *venditi* ne fut pas repoussée, ce fut sans doute à cause des nombreuses autorités qui l'avaient défendue, peut-être aussi parce qu'elle s'était imposée dans la pratique.

Je termine par trois observations d'une importance fort sérieuse :

1° Il résulte clairement des explications précédentes que l'action *præscriptis verbis*, loin d'être absolument subsidiaire, concourt quelquefois avec une autre action contractuelle. Mais il ne faut voir dans ce concours qu'une anomalie, un résultat contraire à la donnée essentielle de cette action, et qui ne s'expliquerait pas, si la théorie des contrats innommés avait été créée d'ensemble. Nous rencontrerons un autre exemple de ce concours exceptionnel de l'action *venditi* et de l'action *præscriptis verbis*. (L. 50, de Contr. empt. XVIII, 1).

2° Le contrat innommé *do ut des*, que l'on confond si souvent avec l'échange, s'en distingue comme le genre de l'espèce. En effet, qui dit échange suppose une chose donnée en vue d'obtenir une autre chose. Ici, au contraire, la chose que j'ai donnée et la chose qu'on doit me donner n'en font qu'une.

Le même fait se présente lorsqu'une personne constitue une dot par voie de dation et convient par un pacte adjoint que la dot lui sera restituée à la dissolution du mariage. Ici encore, le pacte joint à la dation engendre l'action *præscriptis verbis* (L. 6, C. de jur. dot. v, 12 — L. unic. § 13, C. de rei uxor. act. v, 13), et cette action tend en principe au recouvrement des mêmes choses qui ont été données par le constituant. Il y a donc bien encore contrat *do ut des;* il n'y a pas échange.

3° Enfin, dans toutes les hypothèses de ventes accompagnées d'un pacte résolutoire, nous pouvons dire que, si la condition résolutoire s'accomplit, il y aura, d'après la doctrine Proculienne, un contrat innommé. Donc, jusqu'à l'accomplissement ou la défaillance de la condition, le contrat innommé est en suspens. Dans la doctrine que consacre le rescrit d'Alexandre Sévère, il faut dire la même chose et ajouter qu'après l'évènement de la condition résolutoire, le contrat reste vente ou devient contrat innommé au choix du vendeur. La conclusion que je tire de là, c'est que la formation d'un contrat innommé peut être subordonnée à une condition. Je reviendrai ultérieurement sur ce point.

7e CONFÉRENCE.

Je vous ai annoncé que nous aurions à rapprocher des décisions contenues dans le § 1 de notre loi 5, un texte de Celsus formant la loi 16, de cond. caus. dat. (XII, 4). Voici comment s'exprime Celsus :

L. 16 (Celsus, lib. III, Digest.) Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares ; utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta ? In quod proclivior sum, et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse ; repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris ; et rursus si tuus est Stichus, et pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis quominus a te pecuniam repetere possim.

Je vous ai donné de l'argent pour que vous me donniez Stichus. Est-ce qu'il y a là un genre de contrat participant de l'achat et de la vente, ou bien n'y a-t-il aucune autre obligation que celle résultant d'une dation faite en vue d'un but qui n'a pas été atteint? C'est plutôt à cette seconde opinion que j'incline, et en conséquence, si Stichus meurt, je puis répéter ce que je vous ai donné pour obtenir Stichus. Supposez que Stichus ne vous appartient pas et que pourtant vous me l'ayez livré, je pourrai vous redemander mon argent, parce que vous ne m'avez pas rendu propriétaire de l'esclave ; et à l'inverse, si Stichus est bien à vous, mais que vous refusiez de me faire une promesse pour le cas d'éviction, vous ne serez pas libéré de la répétition que je puis exercer contre vous.

Nous savons déjà pourquoi Celsus a pu considérer l'hypothèse ici prévue comme contenant les éléments d'un échange plutôt que d'une vente, tandis que, par une application très-rationnelle de la théorie des *pacta adjecta*, Paul est conduit à adopter le point de vue contraire. Je ne reviens pas sur cette dissidence tout à fait secondaire des deux jurisconsultes. Je vais rechercher, ce qui est infiniment plus essentiel, quelles sont les doctrines de Celsus sur l'échange, comment elles peuvent

s'expliquer, dans quelle mesure elles se rapprochent ou s'écartent de la doctrine définitive. Trois décisions sont contenues dans la loi 16 ; toutes les trois sont présentées comme spéciales à l'échange, puisque Celsus les déduit de ce caractère d'échange reconnu à l'hypothèse sur laquelle il raisonne.

La première décision consiste à dire que celui qui a reçu une chose à la condition d'en donner une autre, demeure soumis aux risques de la perte fortuite de cette dernière chose. Si, dans notre espèce, Stichus périt avant d'être devenu ma propriété, vous devrez me rendre l'argent que je vous ai donné. Voilà qui paraît bien contradictoire à la décision finale de la loi 5, § 1, où Paul impose les risques à celui *qui dedit*. Je ne suivrai pas les interprètes dans leurs nombreux essais de conciliation, je me borne à reproduire les deux que je considère comme les moins déraisonnables.

1. On remarque que Celsus, accordant à l'auteur de la *datio* la *condictio ob rem dati*, garde le silence le plus absolu sur l'action *præscriptis verbis*. D'où l'on conclut, ce que je tiens pour certain, que cette action ne lui paraît pas admissible après la perte de la chose due. On ajoute que probablement Paul, de son côté, n'entend mettre les risques à la charge du créancier que d'une manière imparfaite, lui refusant aussi l'action *præscriptis verbis*, mais ne lui refusant pas la *condictio* Mes explications sur le texte de Paul ont dû vous prémunir contre une pareille conciliation. Paul commence par reconnaître à l'auteur de la dation la faculté d'opter entre deux actions. Quand, après cela, il met les risques à sa charge, s'il entendait lui retirer seulement l'action *præscriptis verbis* et lui laisser, même après la perte

de la chose, l'usage de la *condictio*, il prendrait au moins la peine d'exprimer cette distinction; surtout il se garderait d'ajouter que le débiteur ne reste comptable que de sa faute.

2° On a prétendu que les deux jurisconsultes ne statuent pas sur la même hypothèse. Paul suppose évidemment que Stichus périt après la tradition des coupes. Celsus se placerait, au contraire, dans la prévision du décès de Stichus antérieurement à la numération des deniers. Et alors il ne ferait qu'appliquer un principe général, savoir que l'obligation de donner une chose actuellement détruite ne saurait se former, faute d'objet. Dans cette explication, Celsus n'aurait exprimé qu'une incontestable naïveté. Ce qui la réfute de la façon la plus péremptoire, c'est que le jurisconsulte se propose d'établir les caractères différentiels de l'échange et de la vente; il le prouve bien clairement par la manière même dont il pose au début la question de savoir si son hypothèse tient de la vente ou rentre dans l'échange, et par le lien qu'il établit entre ces deux idées : il n'y a pas vente, donc *(et ideo)* les risques sont à la charge de celui qui a reçu. Or, dans l'explication que je repousse, Celsus dirait une chose vraie de l'échange sans doute, mais vraie aussi de la vente (L. 57, de cont. empt. XVIII, 1) — (1). On lui impute donc, pour le mettre d'accord avec Paul, un raisonnement

(1) Cette loi 57 déclare la vente nulle toutes les fois que la perte de la chose était ignorée des deux parties, connue de l'une et de l'autre, ou connue seulement du vendeur. Mais elle décide autrement (§ 2), lorsque la perte était connue de l'acheteur seul. Essaierait-on donc de prétendre que Celsus ne vise que le cas où le prédécès de Stichus aurait été ignoré de son propriétaire et connu seulement de celui qui donnait l'argent? Vendeur, ce dernier ne répéterait pas; Echangiste, il répète. Si la loi 16 n'a pas d'autre sens, comment expliquer la généralité de sa décision? La bonne foi se présumant toujours,

dénué de sens. Ajoutez que rien dans les expressions du texte ne paraît se référer à l'hypothèse du prédécès de Stichus : il est même probable que, si telle eût été la pensée de Celsus, il aurait écrit : *Si mortuus erat Stichus*, plutôt que *si mortuus est*. L'antinomie est donc certaine ; reste à l'expliquer.

Je constate d'abord que de ces deux décisions, c'est celle de notre loi 5 qui est d'accord avec les principes généraux en matière d'obligations, et que c'est aussi celle qui a prévalu dans le dernier état du droit romain. Je dis d'abord qu'elle est conforme aux principes : la règle, en effet, c'est que toute obligation s'éteint lorsque l'exécution en est devenue impossible sans le fait ni la faute du débiteur, et qu'en conséquence si ce débiteur avait reçu quelque chose ou acquis une créance par suite du même fait juridique qui l'obligeait, il garde ce qu'il a reçu ou continue de pouvoir exercer sa créance. Je dis, en outre, que la doctrine de Paul a prévalu ; nul autre texte, en effet, ne reproduit celle de Celsus, et même une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien la condamne de la manière la plus énergique (L. 10, C. de condict. ob caus. dator. IV, 6 (1). Les Empereurs supposant qu'une somme d'argent a été donnée *ob causam* (ils auraient mieux dit *ob rem*), et que la *causa*, le but n'a pas été atteint, refusent la répétition au créancier, si c'est par cas fortuit, et non par la faute du débiteur, que la réalisation du but poursuivi a manqué.

quand les jurisconsultes supposent exclusivement la mauvaise foi, leur habitude n'est pas de nous le laisser deviner.

(1) Pecuniam a te datam, licet causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu, non est secuta, minime repeti posse certum est.

Quant à la décision de Celsus, on pourrait essayer de l'expliquer ainsi : La dation que j'ai faite a donné naissance sans doute à un contrat, elle a obligé la personne qui l'a reçue à exécuter une dation réciproque. Mais de mon côté je ne suis ni obligé, ni réputé avoir donné en exécution d'une obligation. Ma dation reste sans cause tant que je n'aurai pas reçu à mon tour la dation convenue. Et c'est pourquoi l'on me reconnait le *jus pœnitendi*, c'est-à-dire, le droit de me désister du contrat tant qu'il n'est pas exécuté, le droit de répéter ma propre chose, lors même que je ne puis imputer aucune faute à l'autre partie. Ces prémisses acceptées, nulle difficulté à admettre que la perte même fortuite de la chose à moi due ne m'empêchera pas de répéter celle que j'ai donnée. Car il demeure vrai que je n'ai rien reçu, que le but en vue duquel j'ai donné n'est pas atteint. Que cette explication satisfasse ceux qui admettent comme règle générale le *jus pœnitendi* dans tous les contrats *do ut des, do ut facias*, je le comprends. Si, au contraire, on tient ce *jus pœnitendi* pour incompatible avec l'idée même de contrat, si l'on croit, et c'est ce que je vous démontrerai bientôt, que la doctrine classique ne l'a jamais consacré d'une manière absolue, l'explication que je viens de vous présenter ne se soutient plus.

J'aime donc beaucoup mieux admettre que pour Celsus l'échange n'était pas un contrat (1). Il résultera de là sans doute que ce jurisconsulte était sur ce point en arrière des autres, et spécialement de l'école Proculienne à laquelle il appartenait. Mais aussi son silence sur l'action *præscriptis verbis* devient tout naturel :

(2) Voir ci-dessus, pages ~~32 et 33~~. 40 a 42

il se tait sur cette action, parce que selon lui les *negotia do ut des* et *do ut facias* ne l'engendrent jamais. Au surplus, relisez la loi 7, § 2, *de pactis* : un détail, en lui-même insignifiant, va vous paraître fort significatif par son rapprochement avec notre loi 16. Lorsque Ariston formule la notion des contrats nés d'une dation, est-ce dans un ouvrage doctrinal? Est-ce dans une consultation adressée à un juge ou à un plaideur? Non, c'est dans une consultation sollicitée précisément par Celsus : *eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem.* Si donc Celsus prend la peine de consulter Ariston, apparemment c'est qu'il éprouve des doutes ; il s'adresse, pour les éclaircir, non pas seulement à un jurisconsulte des plus autorisés, mais à dessein à celui dont la doctrine parait la plus nette et la plus fixée. Ce qu'il lui demande, c'est la formule, ce sont surtout les motifs de cette doctrine. Quel fut le résultat de la consultation d'Ariston? Il faut ou admettre qu'il ne réussit pas à convaincre Celsus, ou croire que ce jurisconsulte avait déjà écrit et publié ses *Digesta.*

Ainsi comprise, la décision de Celsus nous apparaît empreinte de la plus rigoureuse logique. Celui qui donne *ob rem* n'oblige pas l'autre partie à donner par réciprocité la chose convenue. Cette première dation n'est qu'une invitation pour l'*accipiens* à exécuter une autre dation facultative, et non pas obligatoire. L'opération dans son ensemble ne deviendra définitive et irrévocable que par la seconde dation une fois effectuée. Jusque-là, le repentir restant ouvert à l'une et à l'autre partie, l'auteur de la dation est investi, pour retirer son invitation non acceptée et reprendre sa chose, d'une *condictio* que deux circonstances seulement peuvent

lui enlever, savoir la perte de la chose donnée ou l'exécution de la dation réciproque. Donc il est rationnel, il est nécessaire que cette *condictio* ne périsse pas par l'impossibilité où l'autre partie se trouverait aujourd'hui d'exécuter la convention. Car il reste vrai de dire que n'ayant rien donné, elle n'a pas répondu à l'invitation reçue. Aux yeux de Celsus, comme aux yeux de tous les anciens jurisconsultes qui n'avaient pas songé à reconnaître dans la *datio ob rem* l'élément générateur d'un contrat, cette dation laisse donc subsister un *jus pœnitendi* réciproque : l'*accipiens* l'exerce en refusant d'exécuter la convention, l'auteur de la dation en intentant une *condictio*, toutes choses devenues inintelligibles après qu'on eût consacré la formation d'un lien contractuel.

Cette explication de la loi 16, outre qu'elle satisfait assez bien l'intelligence par son caractère rationnel, me paraît tout-à-fait conforme à la manière même dont, au début du titre, le jurisconsulte pose la question principale. Se demande-t-il si dans l'espèce il y a contrat de vente ou contrat d'échange? Aucunement. L'hypothèse prévue rentre dans l'échange : c'est un point qu'il ne met pas en question. Mais on pourrait envisager cet échange sous deux aspects tout-à-fait différents. On pourrait d'abord y voir un contrat, non pas certainement une vente, mais un contrat qui tiendrait de la vente (1). En quoi tiendrait-il de la vente? précisément sans doute

(1) Le texte dit *pro portione emptionis et venditionis est.* Si la question n'a pas le sens que je lui donne, si on l'entend, selon l'habitude des interprètes, comme équivalant à celle-ci : y a-t-il une vente? On est réduit à se demander pourquoi Celsus ne dit pas : *emptio et venditio est.* Sa phrase, très-exacte dans mon interprétation, devient entortillée, obscure et intraduisible littéralement.

en ce qu'il emporterait pour le créancier obligation de supporter les risques, comme les supporte un acheteur. On pourrait, au contraire, nier dans l'espèce la formation d'un contrat quelconque et reconnaître une simple obligation née d'une dation *ob rem re non secuta*. Aussi voyez avec quel soin, dans l'expression de cette seconde alternative, Celsus évite l'emploi du mot contrat. Je formule donc ainsi la question posée : Y a-t-il ici un contrat, un contrat qui, sans se confondre avec la vente, participerait un peu de sa nature ? Ou n'y a-t-il aucun contrat, mais seulement une obligation née d'une dation *ob rem re non secuta*, c'est-à-dire l'obligation pour celui qui a reçu de rendre la chose si mieux il n'aime exécuter aussi la convention ? Et le jurisconsulte répondant qu'il penche pour cette seconde opinion décide du même coup que dans notre hypothèse il n'y a rien qui ressemble ni à la vente ni à un autre contrat.

Tel étant le point de vue de Celsus, il me parait que de son temps l'échange était conçu et caractérisé de trois manières différentes par les jurisconsultes :

1° Les uns, c'était la généralité des auteurs Sabiniens, faisaient rentrer l'échange dans la vente. Cette opinion, que Gaius parait admettre encore (III, § 141), est définitivement proscrite à l'époque de Dioclétien (L. 3 et 7, C. de rer. permut. IV, 64). Cependant Justinien, est-ce par inadvertance ou avec réflexion, reproduit au Code une constitution de l'empereur Gordien qui considère comme vente la convention suivante : (1)

(1) L. 1, C. de rer. permut. (IV, 64) : Si, quum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine, *licet non taxata quantitate*, aliam possessionem dedit, idque quod comparavit non injuria judicis nec patris tui culpa evictum est, ad exemplum ex empto actionis non immerito id quod tua interest, si in patris tui jura successisti, consequi desideras.

Un homme se disposait à vendre un immeuble ; l'acquéreur lui a donné un autre immeuble à titre de prix, mais sans qu'on eût fait une évaluation préalable du premier. Le second immeuble est considéré comme le prix du premier, et en conséquence le premier acquéreur évincé agira par action utile *ex empto*. Si, au contraire, ni l'un ni l'autre des deux immeubles n'avait été à vendre, nous aurions un échange, et l'action *ex empto* ne serait pas recevable. Il résulte de ce texte, si la doctrine qu'il exprime a véritablement prévalu, si son insertion au Code a été réfléchie, que quelque chose resta de la théorie Sabinienne, mais dans un cas, vous le voyez, où l'intention des contractants était certainement de faire une vente, et où il était facile de discerner les rôles respectifs du vendeur et de l'acheteur. Le texte suppose que la chose donnée *loco pretii* n'a pas été estimée ; si elle l'avait été, nous dirions sans hésiter que cette estimation fixe le prix dû, et qu'ensuite la tradition de l'immeuble lui-même constitue une *datio in solutum*. Nous en dirions autant si l'estimation avait porté directement sur l'immeuble vendu, ce qui serait encore plus naturel. C'est donc le défaut d'estimation de l'un ou l'autre immeuble qui imprime à la décision de Gordien un caractère exceptionnel.

2. D'autres, comme Celsus, dont l'opinion n'était probablement pas aussi isolée de son temps qu'elle l'est dans la compilation de Justinien, déniaient à l'échange non-seulement le caractère de vente, mais même la qualité de contrat. Une seule chose les frappait : une

At enim, si, quum venalis possessio non esset, permutatio facta est, idque quod ab adversario præstitum est evictum est, quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis.

aliénation avait été faite, et elle demeurait sans cause. Ils ne donnaient donc à l'aliénateur d'autre action qu'une *condictio*. Toutefois, si l'acquéreur avait aliéné cette chose à lui transférée, cette aliénation faite *a domino* était pleinement valable, et le tiers acquéreur n'avait aucune poursuite à craindre, ainsi que l'exprime une constitution de Dioclétien (L. 4, C. de rer. permut. IV, 64). Mais l'auteur de la dation avait-il perdu tout recours? Évidemment non. A défaut de la *condictio* devenue impossible, l'*accipiens* était certainement tenu de l'action *de dolo*, ainsi que cela résulte d'un texte déjà expliqué, et conçu, comme celui de Celsus, dans le sens de la doctrine qui refuse à l'échange le caractère de contrat (L. 4, C. de dol. mal. II, 21 (1)).

3° D'autres enfin érigent l'échange en un contrat spécial. Ce point de vue intermédiaire, le plus exact des trois, est celui de Paul dans notre loi 5, et nous savons déjà que c'est celui qui a prévalu.

Dans la première opinion, celle des Sabiniens, la simple convention d'échange est obligatoire. De même que la vente est réputée parfaite par le consentement réciproque sur la chose et le prix, de même l'échange est parfait par le consentement réciproque sur la chose qui tient lieu de *merx* et sur celle qui joue le rôle de *pretium*. Les textes ne le disent pas formellement, mais cela devait être, ou bien l'assimilation de l'échange à la vente n'aurait pas été complète. Et il est bien permis de croire que l'équité de ce résultat compta pour quelque chose dans les motifs déterminants du système Sabinien.

Dans la seconde opinion, il faut que la convention

45

(1) Voir ci-dessus pages ~~122~~ et suiv.

ait été suivie d'une exécution réciproque pour devenir obligatoire : jusque là rien de définitif.

Enfin, dans la troisième opinion, la simple convention n'oblige pas ; mais il n'est pas indispensable, pour que le droit la consacre, qu'elle ait été exécutée par les deux parties. L'exécution unilatérale est tout à la fois nécessaire et suffisante.

Revenons à notre loi 16.

Continuant d'examiner l'hypothèse *dedi tibi pecuniam ut Stichum dares*, Celsus tire une seconde conséquence du caractère qu'il a reconnu à cette convention tout-à-fait différente de la vente. Si Stichus ne vous appartenait pas, vainement me l'aurez vous livré ; cette tradition ne m'enlèvera pas le droit de répéter mon argent. En effet, je me proposais en vous le donnant d'obtenir une autre dation, et mon but n'a pas été réalisé. Peut-être Celsus estimait-il que l'hésitation aurait été possible sur ce point, si l'on avait admis dans notre hypothèse l'existence d'un contrat, qui nécessairement aurait présenté quelque analogie avec la vente. Néanmoins sa décision reste également vraie dans le système prédominant qui reconnaît à l'échange ce caractère de contrat. De même que l'obligation ne se forme que par une dation, de même aussi la partie obligée ne se délie que par une dation. De part et d'autre il faut un transport de propriété, tandis qu'en matière de vente la translation de propriété du prix sera bien nécessaire, celle de la chose vendue ne le sera pas aussi absolument. Seulement dans l'opinion dominante, celui qui a donné ne sera pas réduit, comme dans celle de Celsus, à la *condictio* ; il exercera, s'il y trouve plus d'a-

vantage, l'action *præscriptis verbis* (L. 1, § 1. de rer. permut XIX, 4).

Enfin notre loi 16 contient une troisième décision toujours déduite des mêmes idées. Vous m'avez livré Stichus ; encore que vous en fussiez propriétaire et qu'en conséquence je le sois devenu moi-même par la tradition, je puis répéter l'argent que je vous ai donné, si vous ne me consentez pas à me promettre garantie pour le cas d'éviction. Cette décision, comme la précédente, est également intelligible dans l'opinion qui repousse ici l'idée d'un contrat et dans l'opinion qui l'admet. L'une et l'autre, en effet, s'acordent à reconnaître que l'auteur de la première dation peut répéter, s'il ne devient pas de son côté propriétaire de la chose qui doit lui être donnée en échange. Il a donc le droit de tenir à la partie adverse le langage suivant : ou vous êtes propriétaire de la chose que vous m'avez livrée, ou vous ne l'êtes pas. Si vous ne l'êtes pas, la promesse de garantie que je vous demande est destinée à suppléer le transport de propriété que vous devez me faire pour avoir le droit de garder ma chose. Si au contraire vous êtes propriétaire, la promesse que je vous demande ne vous charge en aucune manière. Jamais il n'y aura lieu pour moi de vous en réclamer l'exécution, puisque nulle éviction ne me menace. Cette promesse est donc pour vous pleinement indifférente, quant à moi, elle me donne une sécurité que vous ne pouvez pas me refuser.

Je vous disais tout-à-l'heure que cette décision se comprend, soit que l'on admette ou qu'on nie la formation du contrat par la première dation. Pour ceux qui rejettent le contrat, elle est nécessaire : en effet,

celui qui a donné le premier redoute une éviction possible et veut se prémunir contre les conséquences de l'aliénation qui pourrait être faite par l'*accipiens*. Cette aliénation, rendant la *condictio* impossible, le réduirait à l'action *de dolo*. Il se ménage donc, par une stipulation de garantie, la ressource meilleure d'une action contractuelle. Que si l'on admet la formation d'un contrat, l'éviction subie par l'auteur de la première dation lui permettrait d'intenter l'action *præscriptis verbis;* cette promesse de garantie ne présente donc plus pour lui une nécessité véritable, elle se comprend néanmoins comme ayant pour effet de substituer une action de droit strict à l'action *præscriptis verbis*, qui est de bonne foi. Elle se comprend mieux encore comme supprimant pour le stipulant la nécessité de prouver qu'il a lui-même fait un transport de propriété, preuve évidemment nécessaire lorsque la poursuite est exclusivement basée sur l'existence d'un contrat *do ut des*. Néanmoins je ne trouve reproduite nulle part ailleurs cette faculté pour l'échangiste d'exiger une promesse de garantie contre l'éviction. Mais il suffit qu'aucun autre texte ne la lui refuse pour que nous puissions très-légitimement la croire maintenue dans le droit de Justinien. Cela est d'autant plus probable que l'échangiste comme l'acheteur peut exiger une promesse de garantie en ce qui concerne les vices rédhibitoires. (L. 2, de rer. permut. XIX, 4).

Une dernière observation sur cette troisième décision de Celsus. Vous savez que l'acheteur aussi peut demander une promesse de garantie contre l'éviction. Il semble donc que Celsus constate une ressemblance et non pas une différence entre l'échange et la vente.

La différence pourtant est réelle et profonde. D'abord, en matière d'échange, la stipulation était du simple et non pas du double. Mais ce n'est pas là le point que Celsus veut dégager. Supposez une vente conclue; la promesse du double n'a pas été exigée par l'acheteur dès le moment du contrat. Dans les principes anciens, il ne pouvait pas, cela est fort probable, l'exiger après coup. Ce n'est que plus tard qu'on arriva à lui reconnaître ce droit, même à réputer sous-entendue la *stipulatio duplæ*, par application de cette idée que dans les actions de bonne foi il faut tenir compte des usages consacrés. (L. 2, de evict. XXI, 2. — Paul, II, 17, § 2). Au contraire, celui qui avait exécuté le premier la convention d'échange a toujours pu, même après cette exécution, demander une promesse de garantie, sinon agir immédiatement par voie de *condictio* pour reprendre sa prope chose. Cette différence découlait de ce que l'échangiste, devenu propriétaire, devait absolument rendre son co-échangiste propriétaire, tandis que l'éviction réalisée ouvrait seule, en principe, un recours à l'acheteur.

On pourrait se demander si l'échangiste qui a fait la seconde dation, de même qu'il est tenu de promettre *de evictione*, peut exiger de son co-échangiste une promesse semblable. Je ne le pense pas, et en effet les mêmes raisons de décider ne se présentent plus ici : quand il a reçu la première dation, il a dû vérifier les droits de la partie adverse, il a pu tout au moins refuser de traiter avec elle sans une promesse de garantie. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a consenti à suivre sa foi. Mais il va sans dire que, s'il découvre plus tard qu'il a reçu la chose d'autrui, il pourra ou refuser l'exécution

non encore fournie, ou agir immédiatement soit par la *condictio,* soit par l'action *præscriptis verbis.*

8e CONFÉRENCE.

Les explications que je vous ai présentées sur notre loi 5, § 1 et sur la loi 16, *de cond. caus. dat*, amènent, comme conclusion naturelle, une comparaison de la vente et de l'échange. Cette comparaison nous est singulièrement facilitée par les développements donnés sur le texte de Celsus. Il va de soi, du reste, que j'abandonne le point de vue de ce jurisconsulte, et que je me place dans le dernier état du Droit, dans la doctrine qui reconnaît et consacre le contrat d'échange. Or, les différences qui séparent ce contrat de la vente peuvent se ramener à quatre.

Première différence. — Vous savez que la vente se forme *solo consensu*, que l'échange, au contraire, n'existe à l'état de contrat que lorsque l'une des parties a transféré la propriété (L. 1, § 2, de rer. permut. XIX, 4). Et de là découlent deux conséquences importantes : 1° Le vendeur qui a livré la chose d'autrui est parfaitement recevable à intenter l'action *venditi* pour se faire payer le prix, tandis que celui qui livre la chose d'autrui en vue d'obtenir une dation, ne pourrait pas exercer l'action *præscriptis verbis*, à l'effet d'exiger cette dation. Toutefois il importe d'observer, d'une part, que l'acheteur, actionné en revendication par un tiers, peut à l'aide d'une exception de dol qu'il opposera au vendeur, retenir le prix ou la portion du prix qu'il n'a pas payé, à moins que le vendeur

ne s'engage avec satisdation à faire cesser le trouble ou à restituer le prix (1); d'autre part, que l'échangiste qui a livré la chose d'autrui demeure admissible à exercer la *condictio*, action pleinement indépendante de la formation du contrat (L. 1, § 3 et 4, de rer. permut. XIX, 4. (2). 2° Si l'acheteur subit une éviction avant d'avoir payé son prix, l'action *ex empto* ou l'action *ex stipulatu duplæ* lui compètent néanmoins, parce que cette éviction, n'anéantissant pas le contrat, n'empêche ni le vendeur d'avoir contracté une obligation qu'il n'exécute pas, ni lui-même de rester obligé. Au contraire, l'échangiste évincé de la chose reçue avant d'avoir lui-même opéré la dation convenue, ne saurait exercer aucun recours : l'éviction prouve seulement qu'il n'est pas obligé, que le contrat ne s'est pas formé.

Une difficulté qu'aucun auteur à ma connaissance n'a prévue résulte de la loi 17, de fid. instrum. au Code (IV, 21). Justinien décide, à l'égard de l'échange comme à l'égard de la vente, que lorsque les parties se sont proposé de faire un écrit, le contrat existe aussitôt que l'écrit est complétement rédigé et mis au net, que jusque là il n'y a pas de contrat. Or, cette décision très-intelligible en ce qui concerne la vente, se comprend

(1) Telle est la doctrine formulée par les empereurs Dioclétien et Maximien (L. 24, C. de evict. VIII, 45), et que les rédacteurs de notre Code ont reproduite (art. 1653). Toutefois Papinien n'admettait pas que l'offre d'une caution pût empêcher la rétention du prix ; mais il subordonnait très-formellement l'exercice de cette rétention à la bonne foi de l'acheteur (Fr. Vat. § 12). Le rescrit précité entend-il supprimer cette condition ? Cela me paraît bien douteux. Que s'il fait cesser le droit de rétention du prix en présence de l'offre d'une caution, c'est probablement dans la crainte que l'acheteur ne refuse de mauvaise foi le paiement du prix sous le prétexte d'un procès dénué de tout fondement et que lui-même peut-être a provoqué pour gagner du temps.

(2) Cette *condictio* n'est évidemment qu'une *condictio possessionis*.

moins bien pour l'échange. De deux choses l'une, en effet : ou l'une des parties a exécuté la dation avant la rédaction de l'écrit, ou bien au contraire l'écrit est rédigé avant toute exécution. La constitution de Justinien nous conduit à dire que dans le premier cas la tradition de la chose n'a pas formé le contrat, que son effet translatif est ajourné jusqu'à la perfection de l'écrit et que provisoirement le *tradens* conserve la revendication ; tout cela est admissible. Mais la constitution nous conduirait de plus à décider que dans le second cas le contrat se forme sans dation et devient un véritable contrat consensuel. Or, cette idée qui bouleverserait toute l'ancienne théorie de l'échange, est-elle admissible? Il n'est guère permis de le croire en présence de la multitude de textes contraires que Justinien a fait entrer dans sa compilation. Je n'hésite donc pas à penser que, cédant ici à l'habitude qu'on avait de rapprocher l'échange de la vente, il n'a pas exactement calculé toute la portée de ses paroles.

Deuxième différence.—Dans la vente, chaque partie a son rôle distinct, et cette distinction résulte naturellement de l'identité constante de l'objet de l'une des deux obligations. La vente engendre donc deux actions très-différentes, l'action *venditi* et l'action *empti*. Dans l'échange, au contraire, les deux parties jouent toujours le même rôle : il n'y a, à proprement parler, ni vendeur ni acheteur. Et c'est pourquoi l'usage d'interpréter les pactes obscurs contre le vendeur plutôt que contre l'acheteur ne saurait être transporté en matière d'échange. (L. 21, de contr. empt. XVIII, 1). C'est pourquoi aussi, lorsque l'on admit au profit du ven-

deur une action en rescision fondée sur une lésion de plus de moitié (L. 2 et 8, C. de resc. vend. IV, 44), on ne songea pas à l'étendre aux échangistes. Le vendeur trop fortement lésé a subi la pression du besoin, il lui fallait de l'argent à tout prix. Mais jamais un échangiste ne pourra prétendre que c'est le besoin d'argent qui l'a déterminé à contracter. La rescision pour lésion, déjà très-critiquable dans la vente, ne serait donc pas même intelligible dans l'échange.

A un point de vue tout autre, on peut considérer les deux échangistes comme cumulant chacun les deux rôles de vendeur et d'acheteur; et les interprètes de l'édit des édiles curules tiraient de là une conséquence : ils n'hésitaient pas à accorder aux deux échangistes les actions édilitiennes résultant des vices rédhibitoires, actions qui, dans une vente, ne se conçoivent qu'au profit de l'acheteur. (L. 19, § 5, de ædil. edict. XXI, 1). Ce texte vous prouve bien que le contrat *do ut des* peut aboutir à obliger simultanément les deux parties; donc, nul doute sur son caractère synallagmatique.

Troisième différence. — Celui qui a formé le contrat d'échange est fondé à exiger une translation de propriété réciproque et immédiate. De sorte que l'échange implique deux transports de propriété, l'une pour sa formation, l'autre pour sa complète exécution. Dans la vente, au contraire, l'acheteur est incontestablement obligé à transférer la propriété du prix. (L. 11, § 2, de act. empt. et vend. XIX, 1). Mais le vendeur n'est pas obligé d'une manière aussi absolue à transporter la propriété de la *merx*. Je dis d'*une manière* aussi *absolue;* car je ne puis souscrire ni au langage ni à la pensée de certains interprètes disant purement et sim-

plement que le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété, qu'il lui suffit de procurer à l'acheteur une libre et paisible possession de la chose. Sur cette importante matière, la doctrine romaine me paraît se résumer en deux propositions :

1° Le vendeur est obligé de transférer tous les droits qui lui appartiennent, par conséquent le droit de propriété quand il est propriétaire.

2° Quand le vendeur n'est pas propriétaire, mais qu'il a vendu de bonne foi, l'acheteur doit attendre l'éviction pour exercer son recours.

Je dis que le vendeur, propriétaire de la chose, ne saurait se refuser à en transférer la propriété. A l'appui de cette proposition, je vous ferai remarquer d'abord que les textes assez nombreux dans lesquels il est dit que l'obligation du vendeur se borne à procurer à l'acheteur la jouissance paisible de la chose, se réfèrent tous à l'hypothèse d'une vente portant sur la chose d'autrui. Et ces textes veulent tous aboutir à cette conclusion incontestable que l'acheteur évincé ne saurait fonder l'exercice d'un recours sur cette seule considération qu'il n'est pas devenu propriétaire. Telle est bien l'hypothèse, et telle est aussi la pensée du plus formel et du plus célèbre de tous ces textes, la loi 30, § 1, de act. empt. et vend. (XIX, 1.)

En second lieu, j'invoquerai la loi 11, § 1, du même titre. Dans ce texte, Ulpien conclut du caractère de bonne foi qui est inhérent au contrat de vente, que la portée de l'obligation de chaque partie se détermine par le *quod actum est*, c'est-à-dire par l'intention des parties. Or, à qui fera-t-on croire qu'en l'absence d'une clause contraire, bien formelle, l'acheteur ait entendu

ne pas acquérir tous les droits du vendeur, et que le vendeur ait eu la pensée de ne pas les lui transférer de la manière la plus complète? Serait-ce là de la bonne foi? Aussi Ulpien ajoute-t-il immédiatement (L. 11, §2.): avant toute chose, par conséquent, le vendeur doit *præstare ipsam rem.* Remarquez bien qu'il ne dit pas *possessionem ipsius rei,* mais beaucoup plus énergiquement *ipsam rem.* Il est vrai qu'il explique aussitôt ces mots par ceux-ci : *id est tradere* (1). Vous pourriez donc me dire: la prestation qu'exige le jurisconsulte, c'est une simple tradition, et cette tradition transfèrera bien la propriété si la chose est *res nec mancipi,* mais ne la transfèrera pas s'il s'agit d'une *res mancipi.* Je réponds que sans doute Ulpien avait écrit *tradere aut mancipare,* mais que Justinien, ici comme partout, a dû supprimer ce dernier mot, par le motif tout simple que la mancipation a disparu de sa législation. Je ne vois pas, en effet, pourquoi le vendeur d'une *res mancipi* serait moins étroitement tenu que le vendeur d'une *res nec mancipi;* et j'appuie cette observation sur un passage tout à fait concluant des commentaires de Gaius (IV, § 131). Ce jurisconsulte suppose qu'un acheteur intente l'action *ex empto* à l'effet d'obtenir la mancipation de la chose vendue, mais non la possession paisible; et il fait observer que l'emploi d'une *præscriptio* sera nécessaire au demandeur, s'il veut éviter l'épuisement absolu de son droit par la *litis contestatio,* et rester recevable à demander plus tard la tradition. L'interprétation de ce texte n'offre aucune difficulté, si l'on part de cette idée que le vendeur ne saurait retenir

(1) Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere etc.

honnêtement un droit de propriété qu'il importe à l'acheteur d'acquérir : la mancipation lui est demandée parce qu'elle est due d'après la nature du contrat. C'est une conséquence forcée de l'obligation qui lui incombe de ne pas commettre de dol. On a essayé, je ne l'ignore pas, de rendre compte du texte de Gaius, en supposant qu'au moment de la vente il a été fait un *pactum adjectum* par lequel le vendeur s'obligeait spécialement à rendre l'acheteur propriétaire. Mais cette interprétation a le tort de sous-entendre dans le texte un élément de fait qui n'y est pas exprimé.

Enfin cette nécessité pour le vendeur de transférer la propriété qui lui appartient me paraît résulter encore avec une certaine évidence des textes qui l'obligent à céder son action en revendication à l'acheteur, lorsque sans sa faute la chose a été volée avant la tradition ou lorsque l'esclave vendu s'est enfui (Inst. § 3, de empt. et vend. III, 23. — L. 35, § 4, de contr. empt. XVIII, 1).

M'objecterez-vous que l'acheteur non devenu propriétaire, soit parce que le vendeur lui a simplement livré la chose sans mancipation, soit parce qu'il n'était pas propriétaire lui-même, peut se défendre par l'exception *rei venditæ et traditæ*, lorsque le vendeur vient revendiquer sa chose, se fondant, dans la première hypothèse, sur son *nudum dominium ex jure Quiritium*, dans la seconde hypothèse, sur ce que depuis la vente il aurait succédé aux droits du propriétaire ? Me direz-vous que cette exception rend parfaitement superflu pour l'acheteur le droit de demander par l'action *ex empto* le transport de la propriété ?

L'objection ne serait guère sérieuse : Il peut arriver sans doute que l'acheteur nanti, mais non propriétaire,

ne demande pas la translation de propriété, ne songe pas même à la demander, parce qu'il sait bien que désormais le vendeur est impuissant à lui enlever la chose. Il trouve tout aussi simple d'usucaper, et, en attendant l'usucapion accomplie, de se défendre, s'il est attaqué. Mais il est très-possible aussi que l'acheteur, ne fût-ce que pour échapper au besoin d'une exception, tienne à devenir immédiatement propriétaire. Pourquoi donc lui refuser alors une action que la bonne foi commande de lui donner ?

A l'égard du cas où le vendeur a livré la chose d'autrui, nulle difficulté possible, s'il a été de mauvaise foi, l'acheteur peut, sans attendre l'éviction, le poursuivre par l'action *ex empto*. Obligé à ne pas commettre de dol, le vendeur a manqué à cette obligation en vendant sciemment la chose d'autrui : là est le fondement de l'action de l'acquéreur. Que si le vendeur a contracté de bonne foi, l'acheteur n'est pas admis, malgré sa propre bonne foi, à agir avant l'éviction réalisée. Et c'est pour cette hypothèse seulement qu'il est exact de prétendre que le vendeur n'est pas obligé à transférer la propriété.

Voici donc en définitif, comment je conçois la théorie des Romains : au lieu de formuler à la charge du vendeur une seule obligation, celle de transférer la propriété, ce qui autoriserait l'acheteur à ne jamais attendre l'éviction pour agir en garantie, les jurisconsultes procèdent par une analyse qui aboutit à des résultats pratiques plus satisfaisants. Ils décomposent les obligations du vendeur en deux (L. 1, pr. de rer. permut. XIX, 4) : 1° transférer la possession paisible ; qu'il soit propriétaire ou non, cette obligation est toujours la

même. 2° Ne pas commettre de dol. De cette seconde obligation, il suit que le vendeur, s'il est propriétaire, doit transporter la propriété ; que s'il ne l'est pas et qu'il l'ait su, il peut être poursuivi immédiatement. Si au contraire il s'est cru propriétaire, il n'a pas manqué à cette seconde obligation, elle est pleinement exécutée. Reste donc seulement la première; et certes, tant que la possession de l'acheteur n'est pas troublée, on ne saurait prétendre que le vendeur ait manqué à cette première obligation. Si les interprètes ont souvent méconnu cette obligation pour le vendeur de transférer la propriété qui lui appartient, cela tient sans doute à ce qu'elle n'apparaît, au lieu de nous être présentée au premier plan comme une obligation distincte et principale, que comme conséquence d'une autre obligation beaucoup plus générale.

Je formulerai donc dans les termes suivants la troisième différence que je voulais constater entre l'échange et la vente : Tandis que le vendeur de la chose d'autrui, quand il a été de bonne foi, n'est poursuivable qu'après l'éviction ou après l'un des faits qu'on assimile à l'éviction, l'échangiste que j'ai rendu propriétaire de ma chose et qui m'a livré celle d'autrui sera sans aucune distinction immédiatement poursuivable soit par l'action *præscriptis verbis*, soit par la *condictio*. Ne m'opposez pas la loi 1, § 1, *de rer. permut.* où l'exercice de l'action *præscriptis verbis* paraît subordonné à l'éviction réelle (1). Ce serait méconnaître la pensée de Paul son auteur. Dans le *principium* de cette loi, il a constaté que l'échange ne doit pas être confondu avec la

(1) Le texte est ainsi conçu : « Unde si ea res quam acceperim vel dederim postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur . »

vente. Et c'est de là qu'il conclut au § 1 que l'échangiste est poursuivable *si res evincatur*. Evidemment, le mot *evincere* prend ici la signification la plus large. Autrement Paul, au lieu d'établir une différence entre les deux contrats, n'établirait qu'une ressemblance, et, ce qui serait plus grave, il contredirait notre loi 5 dont il est aussi l'auteur. Ne m'opposez pas non plus la loi 1, C. de rer. permut. (1), où la *condictio* est accordée par l'empereur Gordien à l'échangiste évincé. Dans l'espèce sur laquelle on le consultait, l'éviction avait été réalisée. Et en décidant que le consultant peut exercer la *condictio*, le rescrit ne signifie en aucune façon que, faute d'éviction réalisée, cette action dût être déclarée non recevable. Cela est d'autant plus évident que la question soumise à l'Empereur était celle-ci : l'action *ex empto* est-elle admissible ? Il statue donc sur la nature de l'action qui compète dans l'espèce, et non pas sur le moment à partir duquel elle compète.

Quatrième différence. — La position du vendeur non payé qui a livré la chose peut être, selon les circonstances, meilleure ou pire que celle de la personne qui a formé le contrat d'échange et qui ne reçoit pas la dation convenue en retour. Je m'explique : le vendeur n'a-t-il ni concédé un terme pour le paiement du prix ni reçu une satisfaction, telle qu'une hypothèque, une fidéjussion, une expromission ? La tradition par lui faite ne l'a pas dépouillé de la propriété, et en conséquence l'action en revendication lui compète. (L. 1, § 2, de except. rei vend. XXI, 3 — § 41, de divis. rer.

(1) Ce rescrit a été cité page 125. Qoique la *condictio* y soit seule mentionnée, l'Empereur fait aussi allusion à l'action *præscriptis verbis* par ces mots : *si hoc elegeris*.

Inst. II, 1). Il est manifeste, au contraire, que cette action ne saurait en aucune hypothèse appartenir à l'échangiste, puisque l'échange ne prend naissance que par une aliénation. Sous ce rapport donc, le vendeur est mieux traité que l'échangiste. Si maintenant nous supposons que le vendeur a reçu une satisfaction ou suivi la foi de l'acheteur en lui concédant un terme fixe ou indéterminé, comme il n'est plus propriétaire, l'action *venditi* forme sa seule ressource. (L. 12, C. de rei vind. III, 32. — L. 8, C. de contr. empt. IV, 38. — L. 14, C. de resc. vend. IV, 44). Vous savez, au contraire, que l'échangiste pourrait choisir entre l'action *præscriptis verbis,* résultat du contrat, et la *condictio ob rem dati,* action en résolution, action dans laquelle il fait abstraction du contrat et dit à la partie adverse : « Admettons que vous ne me devez pas la propriété de » votre chose. Effaçons le contrat intervenu ; toujours » est-il que je vous ai rendu propriétaire de ma chose » sans aucune cause, rendez-la moi. » Pour expliquer cette différence, on se fonde ordinairement sur ce que le vendeur a donné *animo solvendi*, l'échangiste *animo contrahendi.* Le premier était obligé, il a voulu se libérer. Le second n'était pas obligé, il a voulu obliger l'autre partie. Cette explication me paraît trop subtile : car le vendeur, en s'obligeant par le contrat, ne s'est pas obligé pour rien ; et quand il a exécuté son obligation, c'est qu'il comptait bien obtenir une exécution réciproque. D'autre part, l'échangiste, quand une fois il a fait la dation, est considéré après coup comme ayant donné *ex debito;* sans quoi, je vous l'ai déjà dit, on ne comprendrait pas que les risques de la chose qui doit lui être donnée en échange, fussent mis à sa

charge. Je tenterai donc plus volontiers l'explication suivante : il dépendait du vendeur de rester propriétaire, et par conséquent d'avoir mieux qu'une *condictio;* il dépendait même de lui de ne livrer la chose qu'autant que l'acheteur paierait le prix comptant (L, 13, § 8, de act. empt. XIX, 1 — L. 14, § 1, de furt. XLVII, 2). Si donc il a livré, c'est qu'il a voulu livrer; et si cette tradition a été translative de propriété, c'est qu'il a voulu aliéner et se contenter ou de l'engagement personnel de l'acheteur ou des sûretés que cet acheteur lui offrait à la place de son action en revendication. Qu'il ne se plaigne donc pas d'une position que lui-même a consenti à se faire. Quant à l'échangiste, si on lui donne la *condictio ob rem dati*, cela peut s'expliquer d'abord comme vestige du droit ancien qui ne lui reconnaissait pas d'autre action. Mais, même après l'admission du contrat innommé, même quand on fut arrivé à considérer l'échangiste comme devenu créancier de la chose que l'autre partie était convenue de lui livrer, la *condictio* demeura logiquement justifiable par cette considération qu'une aliénation avait été la condition nécessaire de la formation du contrat. L'échangiste, à la différence du vendeur, avait été dans cette alternative ou d'aliéner sa chose ou de n'acquérir aucun droit à l'exécution de la convention.

Passons au § 2 de notre loi 5.

§ 2. — At quum do ut facias, si tale sit factum quod locari solet puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio; si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum quod locari non possit

Mais lorsque je donne pour que vous fassiez, s'il s'agit d'un fait susceptible d'être l'objet d'une location, par exemple de peindre un tableau, en supposant que je donne de l'argent, il y aura louage, comme il y avait achat dans la précédente hypothèse. Si c'est une chose que je donne, il n'y aura plus louage; mais je pourrai soit de-

puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, quum potuisset manumitti, vivo servo transierit; sive finitum non fuit, et tantum temporis consumptum sit ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel præscriptis verbis agi; quod his quæ diximus convenit. Sed si dedi tibi servum ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit; si ignorans, in factum civilem.

mander des dommages-intérêts par l'action civile, soit répéter par la *condictio*. Que si le fait n'est pas de nature à entrer dans un louage, par exemple s'il s'agit d'obtenir que vous affranchissiez un esclave, soit que nous ayons fixé un délai pour faire l'affranchissement, et que le délai soit expiré l'affranchissement vous ayant été possible et l'esclave vivant encore, soit que nul délai n'ait été fixé, mais qu'il se soit écoulé assez de temps pour que vous ayez pu et dû affranchir, je puis exercer la *condictio* ou l'action *præscriptis verbis*, ce qui est pleinement conforme à ce que nous avons déjà dit. Que si je vous ai donné un esclave pour que vous affranchissiez le vôtre, et qu'après l'avoir affranchi vous soyez évincé de celui que je vous ai donné, Julien écrit que je serai tenu de l'action de dol si je vous l'ai donné sciemment, de l'action *in factum* civile, si je l'ai donné de bonne foi.

Ce paragraphe a trait aux contrats innommés de la deuxième classe, aux contrats *do ut facias*. Dans l'explication que je vais vous en donner, je laisserai de côté la dernière phrase qui se réfère beaucoup plutôt au *negotium facio ut des*.

Le *negotium do ut facias* rentrera-t-il toujours dans le contrats innommés? Pour répondre avec précision, distinguons, à l'exemple de Paul, deux ordres d'hypothèses : Ou le fait un vue duquel je donne est compris dans ceux qui peuvent faire l'objet d'un louage, soit d'une *locatio operarum*, soit d'une *locatio operis faciendi;* ou bien ce fait n'est pas de nature à entrer dans un contrat de louage. Dans la première hypothèse il faudra sous-distinguer : Qu'ai-je donné pour obtenir l'exécution de ce fait *quod locari solet*? Est-ce de l'argent, ou est-ce une chose autre que de l'argent? Si c'est de l'argent, il y aura louage; et comme le louage est un contrat consensuel, il faut aller au-delà

de ce que décide notre texte; il faut reconnaître que le contrat de louage sera formé même avant la dation effectuée, dès que nous serons d'acord sur la *merces* que je dois fournir et sur le fait que vous devez exécuter. L'exemple proposé par notre texte est celui d'une dation d'argent faite en vue d'obtenir le travail d'un peintre. Mais il faut sous-entendre que la planche n'est pas fournie par l'artiste lui-même; sinon il y aurait vente, comme il y a vente dans le cas ou un orfèvre fabrique sur mon ordre et pour un prix déterminé des anneaux d'or dont il fournit lui-même la matière (§ 4, de locat. et cond. inst. III, 24). Lorsqu'au contraire, ce n'est pas de l'argent que je donne, le louage ne se conçoit plus, puisqu'il suppose une *merces* déterminée et consistant *in numerata pecunia* : nous serons donc en présence d'un contrat innommé, et jusqu'à la dation, la convention sera restée sans force obligatoire. De ce contrat innommé, comme de l'échange, naîtra l'action *præscriptis verbis* tendant à obtenir le fait lui-même ou des dommages-intérêts. Mais si l'auteur de la dation le préfère, il intentera la *condictio ob rem dati* à l'effet de recouvrer sa propre chose.

Je passe au second ordre d'hypothèses prévu par Paul. Le fait que je veux obtenir n'est pas de ceux qui ont l'habitude de faire l'objet d'un louage. Ici nul intérêt à distinguer si je donne de l'argent ou une autre chose. Le louage étant impossible par la nature même du fait, la simple convention n'emportera jamais obligation. La dation seule formera le contrat et me rendra créancier. Elle me donnera, comme précédemment, le choix entre l'action *præscriptis verbis* et la *condictio ob rem dati*.

Attachons-nous un instant à l'hypothèse de Paul. Je vous ai donné de l'argent ou une chose quelconque pour obtenir que vous affranchissiez Stichus. De deux choses l'une : ou je vous ai fixé un délai pour faire l'affranchissement, ou je n'ai fixé aucun délai. Occupons-nous d'abord du premier cas. C'est seulement après l'expiration du délai qu'il me sera permis d'agir contre vous. Jusque là, en n'affranchissant pas, vous usez de votre droit, vous êtes dans les limites de la convention. D'où il résulte que, si, toujours dans le délai fixé, l'esclave Stichus vient à périr sans votre faute, vous garderez, quoique libéré de votre obligation, ce que vous avez reçu ; en un mot les risques sont à ma charge. Paul s'en explique formellement, et cela réfute une fois de plus l'interprétation d'après laquelle ce jurisconsulte n'aurait pas entendu, quand il s'agit du contrat *do ut des*, imposer d'une manière absolue les risques au créancier, mais seulement lui refuser l'action *præscriptis verbis* en lui laissant la *condictio*. Que si, au contraire, l'esclave Stichus ne meurt qu'après le délai écoulé, vous serez tenu parce que vous êtes en faute. La décision de notre texte est en parfaite harmonie avec celle que donne Ulpien sur la même hypothèse (L. 3, § 3, de cond. caus. dat. XII, 4).

Il y a un cas où l'auteur de la dation ne pourra, même après le délai fixé, exercer ni l'action *præscriptis verbis* ni la *condictio*, cela parce que l'esclave sera devenu libre de plein droit. Ce cas se présentera, lorsque la dation aura eu pour objet de l'argent donné *pretii loco*. Cette décision, énoncée par deux textes formels, l'un de Paul, l'autre de l'empereur Gordien (L. 38, § 1, de liber. caus. XL, 12. — L. 4, C. si man-

cip, ita fuer. alien. IV, 57), n'est qu'une extension d'une constitution par laquelle Marc-Aurèle avait statué que l'esclave vendu sous la condition d'être affranchi *intra certum tempus* deviendrait libre par le seul fait de l'expiration du délai, si l'acheteur ne l'avait pas affranchi auparavant (L. 3. qui sine manumis. XL, 8 (1)). Mais notez bien cette circonstance caractéristique : il faut que l'argent ait été donné *pretii loco*. Alors les choses se passeront comme si l'esclave eût été vendu et livré à l'auteur de la *datio*, puis immédiatement revendu et de nouveau livré au vendeur lui-même sous la condition de l'affranchir. On verra là une tradition *brevi manu*, comme le dit fort exactement Cujas. Mais n'allez pas croire que, toutes les fois que j'ai donné de l'argent à un maître pour affranchir son esclave dans un certain délai, l'arrivée du délai suffise pour rendre l'esclave libre. Une telle doctrine serait la condamnation de notre § 2 dans lequel Paul, pour donner à l'auteur de la dation, l'action *præscriptis verbis* ou la *condictio*, ne distingue pas en principe si c'est de l'argent qu'il a donné, ou si c'est autre chose. Donc pour savoir si à l'expiration du terme l'esclave acquiert la liberté de plein droit, ou si au contraire il reste esclave et si le maître est seulement tenu en vertu du contrat *do ut facias*, il y aura toujours une question d'intention à resoudre.

Supposons à présent une dation faite toujours en vue

(1) La constitution de Marc-Aurèle s'applique également dans une autre hypothèse, savoir lorsque j'ai donné mon esclave pour qu'on l'affranchît *intra certum diem* (L. 5, § 1, de cond. caus. dat. XII, 4). Au surplus, ici comme dans l'hypothèse prévue ci-dessus, la liberté n'est acquise à l'esclave qu'autant que l'auteur de la dation n'a pas changé d'intention avant l'arrivée du terme.

d'obtenir l'affranchissement d'un esclave, mais sans fixation d'un délai précis, à quel moment l'action *præscriptis verbis* ou la *condictio* pourront-elles être exercées? Ce sera, nous dit Paul, lorsqu'il se sera écoulé un temps assez long pour que vous ayez pu et dû affranchir. Cela revient à dire que la convention implique un terme tacite dont la détermination dépendra des circonstances : ainsi l'exigent la raison et la bonne foi, même dans les stipulations (§ 5, de verb. oblig. Inst. III, 15), à plus forte raison dans un contrat qui n'est pas de droit strict. Conséquemment, si l'esclave mourait par cas fortuit avant que l'affranchissement eût été possible, il faudrait décider, comme dans la précédente hypothèse, que le maître est complètement dégagé. Paul ne prend pas la peine de répéter ici cette décision ; mais outre qu'elle résulte des principes, Ulpien exprime formellement (L. 3, § 3, de cond. caus. dat. XII, 4) que le maître n'a pas à redouter la *condictio*, et le doute est encore moins possible sur l'inadmissibilité de l'action *præscriptis verbis*.

En résumé, celui qui a reçu quelque chose pour affranchir son esclave, avec ou sans fixation d'un délai, n'est tenu qu'autant qu'on peut le considérer comme étant en faute pour ne pas l'avoir affranchi. Le créancier peut ou répéter sa chose, ou demander par l'action *præscriptis verbis* des dommages-intérêts. Mais cette dernière action sera-t-elle toujours possible? Sur ce point, la décision de Paul demande à être rapprochée d'un texte de Papinien , formant la loi 7 de notre titre.

L. 7 (Papinianus, lib. II, quæstionum). Si tibi decem dedero ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam præscriptis verbis ut solvas quanti mea interest; aut, si nihil interest, condicam tibi ut decem reddas.

Si je vous ai donné dix pour que vous affranchissiez Stichus, et que vous négligiez de le faire, j'agirai immédiatement par l'action *præscriptis verbis* en vue de me faire payer des dommages-intérêts ; et si l'intérêt me fait défaut, je répéterai mon argent par la *condictio*.

Papinien, vous le voyez, suppose, comme Paul, une négligence imputable au débiteur; telle est l'idée contenue dans le mot *cessare*. Comme Paul aussi, il donne au créancier le choix entre les deux actions. Mais il remarque que l'action *præscriptis verbis* pourrait bien en certains cas lui manquer, faute d'un intérêt appréciable à obtenir l'affranchissement de Stichus; alors la *condictio* lui appartiendra seule (1). Ce défaut d'intérêt se comprend très-bien, lorsque c'était dans une vue de pure libéralité, par amitié pour Stichus, que je voulais obtenir son affranchissement. Si, au contraire, j'avais l'intention d'en faire mon procureur, pareillement si j'agissais déterminé par un tiers qui m'avait donné ou promis quelque chose sous la condition que j'obtiendrais l'affranchissement, dans toutes ces hypothèses et autres analogues, l'intérêt ne me ferait pas défaut, et cet intérêt servirait de base suffisante à l'action *præscriptis verbis*. Ce serait donc à moi d'examiner quelle est, des deux actions qui me sont offertes, la plus avantageuse.

J'ai toujours supposé, dans l'explication de l'espèce

(1) Ne pourrait-on pas soutenir que même ici le créancier reste admissible à intenter l'action *præscriptis verbis,* en se fondant précisément sur l'intérêt qu'il avait à ne pas se dessaisir de la somme qu'il a donnée ? Cette opinion s'appuierait, non sans quelque vraisemblance, sur le § 5 de la loi 5. Mais le texte de Papinien y répugne , et la décision du § 5 peut s'expliquer par une circonstance toute spéciale. (Voir 13e conférence.)

proposée par Paul, que la dation *ut Stichus manumittatur* était faite par un homme libre. Or, il est possible que l'esclave lui-même, dans le but exprimé de se faire affranchir, donne à son maître une somme d'argent prise sur son pécule. Dans cette hypothèse qui fait l'objet d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (L. 9, C. de cond. ob caus. dat. IV, 6), l'affranchissement sera-t-il obligatoire ? Il est évident que l'esclave est dépourvu de toute espèce d'action, et cela pour deux motifs : d'abord il n'y a pas eu véritablement dation, puisque le pécule appartenait au maître. Il n'y aurait même pas dation, si l'esclave avait reçu la somme d'un tiers, dans le but exprès de la donner à son maître pour se faire affranchir ; car, par la tradition faite à l'esclave, les deniers seraient tombés dans le patrimoine du maître. En second lieu, et ce motif est le seul que le texte relève, un esclave n'est jamais admis à intenter aucune action, même contre un tiers, moins encore, si c'est possible, contre son maître ; ici, en effet, les rapports résultant de la *potestas dominica* forment un obstacle tout spécial. Cependant les Empereurs décident que dans l'espèce l'esclave s'adressera au magistrat, et que celui-ci engagera le maître à faire l'affranchissement. L'y contraindra-t-il ? Le texte dit *hortabitur*, le doute reste donc au moins permis.

9e CONFÉRENCE.

Le § 2 de notre loi 5, suscite deux questions : Comment discerner les faits qui peuvent être l'objet d'une location de ceux qui ne le peuvent pas? De plus, la dation accomplie en vue d'obtenir un fait de cette seconde catégorie donnera-t-elle toujours naissance à un contrat innommé?

L'intérêt de la première question se dégage des premiers mots de notre texte : Le fait rentre-t-il dans la catégorie de ceux qui font l'objet d'un louage? Il y aura *locatio*, si pour l'obtenir on a donné de l'argent ; contrat innommé, si l'on a donné autre chose que de l'argent. Le fait est-il en dehors de ceux qui peuvent être l'objet d'un louage? S'il se forme un contrat, quelle que soit la nature de la chose donnée, ce sera toujours un contrat innommé, un contrat *do ut facias*.

Pour arriver à distinguer d'une manière à peu près satisfaisante les faits qui peuvent entrer dans un contrat de louage et ceux qui ne le peuvent pas, commençons par analyser deux des faits qui certainement sont compris dans cette dernière catégorie. Prenons d'abord le cas prévu dans notre texte et dans beaucoup d'autres, l'affranchissement d'un esclave. Ici deux considérations se présentent tout d'abord pour expliquer la doctrine romaine qui exclut ce fait du domaine du louage. En premier lieu, l'affranchissement d'un esclave est l'œuvre d'un instant presque indivisible, et elle peut

être l'œuvre de tout le monde; elle n'implique pas cette continuité de travail, cette dépense plus ou moins prolongée d'efforts que paraissent comporter ordinairement les faits auxquels s'oblige un *locator operarum* ou un *conductor operis faciendi;* elle n'exige aucune industrie spéciale. En un mot, les *operæ* proprement dites manquent ici. En second lieu, la *locatio operarum* tend presque toujours, comme résultat direct et immédiat, à faire entrer dans le patrimoine du *conductor* une valeur qui auparavant n'y figurait pas; et la *locatio operis faciendi* produit le même résultat au profit du *locator*. Ici, au contraire, quand vous aurez affranchi l'esclave, mon patrimoine n'aura rien gagné : Il restera exactement tel qu'il était auparavant.

Autre hypothèse : je donne de l'argent à une personne pour obtenir qu'elle fasse un voyage à Capoue où sans doute sa présence doit m'être utile. Est-ce qu'il y a là un contrat de louage? Non, puisqu'on m'accorde la *condictio ex pœnitentia* dont à coup sûr il ne saurait être question dans un louage (L. 5, pr. de cond. caus. dat. XII, 4). Sans doute ce voyage à Capoue implique l'emploi d'une certaine quantité de temps, il exige des efforts et peut se résoudre en une fatigue physique. Mais assurément il ne suppose chez celui qui l'exécute aucun art, aucune industrie. D'autre part, il est bien possible que par ses conséquences il aboutisse pour moi à un résultat que je pourrai apprécier en argent; mais par lui-même et immédiatement, il ne met rien dans mon patrimoine.

Faut-il donc, généralisant ces observations, conclure que les fait exclus du contrat de louage sont ceux qui n'impliquent ni industrie spéciale du côté de celui

qui les exécute, ni introduction immédiate d'une valeur quelconque dans le patrimoine de celui en faveur duquel ils sont exécutés? Il me paraît bien vrai que là où manque le premier de ces deux caractères il n'y aura pas *locatio*. A l'égard du second, il se rencontre ordinairement dans le louage d'ouvrage, mais il ne s'y rencontre pas nécessairement. Ainsi la convention de transporter des marchandises moyennant un prix déterminé constituera toujours une *locatio operis faciendi*, lors même que les marchandises devraient présenter une valeur moindre dans le lieu de leur destination (L. 11, § 3. — L. 25, § 7, locat. cond. XIX, 2). Ainsi encore la convention par laquelle des ouvriers s'engagent pour un prix fixé à travailler un certain nombre de jours chez moi restera une *locatio operarum*, quand même je les emploierais à la destruction ruineuse d'un travail utile. Réduirons-nous donc notre conclusion aux termes suivants? Le seul trait caractéristique des faits susceptibles d'entrer dans un louage, c'est de supposer chez celui qui les exécute un certain art ou une certaine industrie. Alors, d'autres textes vont contrarier notre conclusion. Je ne vous apprendrai rien, en effet, si je vous dis que les services d'un médecin, d'un avocat, d'un professeur, ne sont pas considérés comme susceptibles de faire la matière d'un louage. Cette doctrine, contestée chez nous, n'est pas douteuse au droit Romain (L. 1, pr. § 1 et 10, de extraord. cognit. 4, 13). Cependant ces services supposent bien une industrie, et certes, de l'ordre le plus élevé. Mais ils présentent ceci de tout à fait spécial, que si pour celui qui les rend ils ont une valeur appréciable mesurée par le temps et les efforts qu'ils lui

coûtent, pour celui qui les reçoit leur valeur échappe à toute estimation pécuniaire bien précise. Que ce soit donc là un caractère certain des faits qui peuvent entrer dans une *locatio :* ils supposent une industrie ou un art dont les résultats sont appréciables en argent tout aussi bien pour celui qui les reçoit que pour celui qui les rend (1). Mais est-ce là le seul caractère distinctif de ces faits? Il y en a un autre qui paraît avoir frappé tout particulièrement les Romains et qui n'a pas été sans influence sur leur langage. Vous lirez dans un texte de Pomponius (2), que lorsque je charge quelqu'un de me faire une statue, un vêtement, il ne peut y avoir louage, si je ne fournis pas la matière. Pareillement, si je traite avec un entrepreneur de constructions, il n'y aura contrat de louage qu'autant que la construction devra être élevée sur mon propre terrain ; et la raison qu'en donne Pomponius, d'après Sabinus, c'est que dans ce cas seulement « *a me substantia proficiscitur.* » Dégageons l'idée de ces deux jurisconsultes : pour que le louage d'ouvrage se conçoive, il faut absolument que l'une des parties, celle qui reçoit le service ne consistant pas en argent, fournisse à l'autre une chose matérielle, *corpus* ou

(1) Ceci n'est point contredit par les exemples ci-dessus donnés pour montrer que le service rendu ne profite pas toujours à celui qui le reçoit. Ce défaut de profit résulte d'une faute par lui commise, mais n'empêche pas le service de rester susceptible d'appréciation. Il faut distinguer le service en lui-même profitable du service dont on profite en fait.

(2) Ce texte forme la loi 20 de contr. empt. (XVIII, 1) et s'exprime ainsi : « Sabinus respondit si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam, « vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, em- « ptionem videri ; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non « detur ab eo cui id fieret ; aliter at que si aream darem ubi insulam ædifica- « res, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. »

substantia, ce sont les deux expressions de la loi 20; et il faut que le service par elle reçu consiste en un travail exécuté sur cette chose. Et ceci va vous expliquer, sans le justifier, ce renversement de rôles que je vous ai déjà signalé dans la *locatio operis faciendi*. Je vous ai dit qu'ici la qualification de *locator* est donnée à celui qui fournit la *merces*, et celle de *conductor* à celui qui fournit un service autre que de l'argent. On a invoqué, pour rendre compte de ce renversement du langage ordinaire, les lois 19 et 20 (de act. empt. et vend. XIX, 1), où il est dit que les anciens employaient indistinctement les mots *locator* et *conductor*, comme ils faisaient aussi pour les mots *emptor* et *venditor*. Mais cette observation n'explique rien. Elle ne nous fait pas comprendre pourquoi, lorsque cette promiscuité d'appellations eut disparu, la même fonction ne fut pas exprimée constamment par le même mot dans les diverses variétés du contrat de louage. Voici donc comment je crois pouvoir expliquer cette bizarrerie : Pour les Romains, comme pour nous, le louage type était le louage de choses. C'est celui que les jurisconsultes ont le plus soigneusement analysé. Or, dans ce genre de louage, le *conductor* a entre les mains la chose du *locator*, il est en contact immédiat avec elle. Dans la *locatio operis faciendi*, le propriétaire qui fait construire ou qui veut faire transporter des marchandises est bien obligé aussi de mettre sa chose aux mains de l'entrepreneur de constructions ou du voiturier. On a donc qualifié ces derniers *conductores*, parce qu'à l'exemple du *conductor rei* ils se trouvent en contact avec la chose d'autrui, et on a donné le nom de *locator* au propriétaire. Au lieu de déterminer les rôles d'après

la nature et l'objet des obligations de chaque partie, les Romains se sont attachés à une considération tout-à-fait superficielle. Aussi la désignation des rôles dut les embarrasser lorsqu'il s'agissait de la *locatio operarum*. Ici, en effet, il peut arriver que l'ouvrier ait ma chose entre les mains; par exemple, c'est un orfèvre à qui je remets un lingot d'or pour m'en fabriquer des anneaux. Il se peut, au contraire, que je demeure en contact avec ma chose, par exemple, si je prends des ouvriers à la journée pour labourer ma terre ou couper mes foins. Dans ce dernier cas, l'ouvrier est bien en contact avec ma chose; mais je ne m'en déssaisis pas, comme dans le premier cas. Ici donc, la diversité des faits appelant un examen plus attentif, l'analyse des Romains fut plus rationnelle; ils qualifièrent *locator* l'ouvrier qui fournit son travail, *conductor* le propriétaire qui le paie. Les rôles furent encore réglés par analogie avec le louage de choses, non plus par une analogie dans les apparences, mais par une analogie réelle et profonde. Aussi est-il étrange que les jurisconsultes n'aient été amenés ni à réformer la vieille terminologie admise dans la *locatio operis faciendi*, ni même à la critiquer. Mais c'est chose connue que les jurisconsultes romains se distinguent beaucoup plus par la sûreté des déductions que par la largeur des idées générales. Ils ont plus de logique que de critique. Et volontiers ils négligent, dans la construction de leurs théories, la régularité qu'exige la science, trop facilement satisfaits quand l'application de leurs principes ne laisse place à aucune difficulté pratique.

Appliquez maintenant l'idée exprimée par la loi 20 (de contr. empt.) aux médecins, aux avocats, aux pro-

fesseurs, et vous aurez une seconde raison pour que leurs services ne fassent pas l'objet d'un louage. C'est que ces personnes ne travaillent pas sur une chose à elles remise par celui qui doit profiter de leur travail et le rémunérer.

En résumé donc, les faits qui entrent dans le louage se distinguent par deux caractères : ils supposent d'abord une industrie donnant des résultats appréciables en argent tout aussi bien pour celui qui en profite que pour celui qui les fournit. En outre, ils impliquent un travail pratiqué sur une chose remise à celui qui fait le travail par celui qui doit en profiter. C'est bien là l'idée qui ressort de la loi 5 § 1, *de verbis signif.*, où il est dit que dans le louage d'ouvrage le mot *opus* ne correspond pas au mot grec ἔργον, mais bien plutôt au mot ἀπότελεσμα, c'est-à-dire qu'il désigne *corpus aliquod perfectum*. On veut donc que le travail exécuté s'accuse par un produit, qu'il se matérialise en prenant une forme sensible (1).

Le caractère des faits qui entrent dans le louage étant ainsi précisé, nous attacherons-nous sans restriction à la décision générale de notre loi 5 § 2 ? En d'autres termes, et c'est là la seconde question que j'ai posée au

(1) *L. 5, § 1, de verb. signif* (L. 16) : « Opere locato, conducto, his verbis » Labeo significari ait id opus quod Græci ἀπότελεσμα vocant, non ἔργον, » id est ex opere facto corpus aliquod perfectum. » De ce texte et de tous les développements que j'ai donnés sur les caractères du louage, il résulte qu'il faut rejeter une doctrine emise aux Institutes, d'après laquelle les mêmes faits qui gratuitement accomplis constituent un dépôt ou un mandat, formeraient un louage lorsqu'ils sont exécutés moyennant une *merces* (§ 13, de mand. Inst. III, 26). Cette doctrine nous conduirait à voir un louage dans la convention par laquelle je vous donne une certaine somme pour que vous fassiez un voyage. Or les textes nous ont montré que dans cette hypothèse il n'est pas question de louage.

début de cette conférence, admettrons-nous que, toutes les fois qu'une personne donne une chose quelconque pour obtenir un service non susceptible de faire l'objet d'un louage, il y aura contrat *do ut facias*, par conséquent action *præscriptis verbis?* Ce serait là une idée tout à fait insoutenable. Je vous parlais tout à l'heure des avocats, des médecins, des professeurs. Les textes que je vous ai cités (L. 1, pr. § 1 et 10, de extraord. cognit.), vous prouveront que lorsque ces personnes avaient fourni leurs services, elles réclamaient les honoraires convenus, non pas par une action proprement dite, mais par une *persecutio*, c'est-à-dire que le magistrat statuait lui-même sans renvoi à un juge. C'est donc qu'on ne les considérait pas comme devenues créancières en vertu d'un contrat *facio ut des*. Or, évidemment, le même fait qui exécuté ne donnerait pas naissance au contrat *facio ut des* ne peut pas non plus être considéré comme dû en vertu d'un contrat *do ut facias*. Le *factum* qui forme le contrat et le *factum* rendu exigible en vertu du contrat formé ne sauraient différer dans leur essence. Et par conséquent, l'avocat qui aurait reçu de l'argent d'avance ne serait pas plus obligé *ex contractu* qu'il ne devient créancier *ex contractu* quand il fournit ses services avant d'avoir rien reçu (1). D'abord, il n'y a pas louage, cela résulte de la nature du service convenu (2). Qu'il n'y ait pas non

(1) Sans doute, on autorise la *condictio* contre l'avocat qui ayant reçu de l'argent d'avance ne fournit pas ses services (L. 4 et 11, C. de condict. ob caus, dator. IV, 6). Mais cela ne fait que confirmer une fois de plus ce que j'ai déjà établi et souvent répété, savoir que la *condictio ob rem dati* ne dérive pas *ex contractu*.

(2) Telle est bien aussi la pensée évidente de Paul dans la loi 38, locat. cond. (~~XXI~~, 2). Le jurisconsulte commence par décider que celui qui a loué ses *operæ* devra recevoir l'intégralité de la *merces*, lorsque par des circons-

XIX

plus contrat innommé, mais bien obligation donnant lieu à une simple *cognitio extraordinem*, c'est ce qui résulte par un argument assez direct de la loi 1 § 8 et 9 de extraord. cognit. (4, 13). Les *comites* ou assesseurs des magistrats sont assimilés aux avocats pour la manière de réclamer le salaire qui leur est dû (1). Ils agissent par voie de *persecutio* (§ 8). Conséquemment à cette doctrine, on décide que lorsqu'ils sont débiteurs au lieu d'être créanciers, la même voie de poursuite sera pratiquée contre eux (§ 9). Est-il donc téméraire d'étendre cette décision aux avocats et à tous ceux qu'on traite comme eux, et de croire que, devenus créanciers ou débiteurs par suite de l'exercice de leur profession, c'est toujours par voie de *cognitio extra ordinem* qu'ils poursuivent ou sont poursuivis? Cette conclusion est bien autorisée par la même loi 1 § 15. Quand ces personnes, dit Ulpien, agissent pour demander l'*honor*, le magistrat sera compétent pour connaître des *mutuæ petitiones*, c'est-à-dire des demandes réciproques formées contre eux *ex eadem causa*. Pourquoi donc sa compétence cesserait-elle, si ces demandes, au lieu d'être introduites reconventionnellement, se présentaient comme principales et distinctes?

Quel sera donc notre critérium pour reconnaitre,

tances indépendantes de son fait il aura été empêché de fournir les *operæ*. Paul ajoute ensuite que les avocats aussi *(quoque)*, lorsque c'est sans leur faute qu'ils n'ont pas plaidé, gardent les honoraires reçus. Or s'il y avait louage, cette seconde décision ne serait qu'une déduction de la précédente, et le mot *quoque* ne s'expliquerait pas: Paul aurait écrit *ideo*.

(3) Il s'agit là d'un salaire que les magistrats eux-mêmes payaient à leurs *comites*. Il est vrai que sous le règne d'Alexandre Sévére ce salaire fut mis à la charge du trésor (Lampridius, Alex. Sever. 46). Mais Ulpien se référe certainement au droit antérieur: car il résnlte du § 12 de cette même loi 1 que notre texte a été écrit sous Caracalla.

parmi les faits non susceptibles d'entrer dans un louage, ceux qui pourront figurer dans un contrat innommé, soit comme cause génératrice de l'obligation, soit comme chose due, et ceux dont, au contraire, l'exécution ne pourra être sanctionnée ou demandée que par une *cognitio extraordinaria?* Quand il s'agit de cette seconde catégorie de faits, la prestation pécuniaire qui les précède ou les suit ne s'appelle plus proprement *merces;* elle s'appelle *honor* ou *honorarium.* quelquefois *salarium* (1). Mais ce n'est pas là un critérium rationnel, la question étant justement de savoir dans quels cas précis il y aura *honor* ou *honorarium.* Les principaux de ces faits se rattachent à l'exercice d'un art élevé, ou, comme nous disons volontiers, d'une profession libérale. Mais ce n'est pas là non plus le criterium infaillible que nous cherchons. Car si l'avocat, si le médecin, si le professeur reçoivent un *honor* plutôt qu'un *merces,* il faut en dire autant des nourrices, classe de femmes utile plutôt que distinguée ; *des librarii*, personnages fort subalternes employés à la rédaction des actes des particuliers (L. 92, de reg. jur.), et généralement de toutes les personnes dont la profession suppose le maniement de la plume (L. 1, § 6, 7 et 14 de extraord. cognit.) Or, parmi ces professions, la plupart n'exigeaient, pour être bien remplies, ni des connaissances très-sérieuses, ni une grande élévation de caractère. En fait aussi, la plupart étaient exercées par des personnes de bas étage et d'une fort médiocre considération.

Je suis convaincu que la liste des faits qui donnent

(1) Cette tenminologie n'est pas parfaitement constante. L'*honor* et quelquefois appelé *merces* (L. 1, pr. de extraord. cognit.).

lieu à un *honor* plutôt qu'à une *merces* (1), et qui, en conséquence, ne sauraient entrer dans un contrat innommé, a été formée par les Romains sans principe bien arrêté, un peu au hasard et petit-à-petit. J'imagine que la *persecutio honoris* fut introduite d'abord en faveur de trois sortes de personnes, les professeurs, les médecins et les avocats. C'est bien ce qui ressort de la loi 1, *de extraord. cognit.*, où les autres personnes admises à réclamer un *honor*, paraissent ne l'avoir été que par assimilation à celles-là, par conséquent plus tard. C'est probablement dans les deux derniers siècles de la République que cette *persecutio honoris* fut créée. Les Romains, avant leur contact avec la Grèce, n'avaient connu ni les médecins, ni les professeurs. Quant aux avocats, leur profession avait été exercée de tout temps à Rome ; mais il fallut que la loi Cincia qui leur défendait de recevoir quoi que ce fût en retour de leurs services fournis ou à fournir, fût tombée en désuétude pour qu'on songeât à régler le mode de recouvrement de leurs honoraires. Cette désuétude était déjà complète au dernier siècle de la République, un passage de Tacite en fait foi (Annal. XI, 7). Etant donc admis que les professeurs, médecins et avocats pouvaient recevoir un salaire pour leurs services professionnels, quelle action leur donner ? Le droit civil n'en fournissait aucune. Il n'y avait là ni louage, je vous l'ai montré, ni mandat : le mandataire est chargé de faire des actes

(2) Je ne parle pas de la rémunération qui peut être convenue en faveur du mandataire et qu'on appelle aussi *honor*. Elle se réclamait, d'après un rescrit de Septime Sévère et Caracalla, par *cognitio extra ordinem*. — L. 1, C. mand. IV, 35. La loi 6, pr. *mand.* (XVII, 1) n'est pas contraire à cette décision : elle signifie que la rénumération donnée ou convenue n'ôte pas au mandat son caractère.

juridiques, d'administrer des biens, de contracter ou d'acquérir en son propre nom des obligations ou des créances, dont finalement les conséquences devront tourner à la charge ou au profit du mandant. Or, rien de pareil ici. Et c'est pourquoi l'idée de mandat, si souvent invoquée chez nous quand il s'agit des services de l'avocat, du médecin, du professeur, paraissait aux Romains absolument hors de mise. Pouvait-on donner à ces personnes ou contre elles l'action *præscriptis verbis*? Mais elle n'avait pas encore été imaginée. Il fallait donc que le préteur ou créât ici des actions *in factum*, on recourut au procédé d'une *cognitio extraordinaria*. Ce dernier parti parut meilleur : peut-être y trouvait-on le double avantage de ménager la dignité de ces personnes, dont le nom n'irait pas retentir dans les solennités d'un débat judiciaire, et d'assurer mieux la surveillance que voulait leur imposer une autorité toujours un peu ombrageuse. Plus tard, sous l'Empire, on assimila à ces trois professions d'autres professions qui ne présentaient certes pas la même dignité. Je vous en ai cité plusieurs, et vous en trouverez d'autres encore au titre de *extraord. cognit.* Dans tous les faits dont l'exercice constitue ces professions, un élément essentiel du louage manquait : il n'y avait pas de travail accompli sur une chose livrée. N'aurait-il pas été possible d'appliquer à ces faits la théorie nouvelle des contrats innommés? Je le crois, mais peut-être n'y songea-t-on pas même ; peut-être fut-on arrêté par le caractère longtemps indécis et contesté de cette théorie. Il est remarquable, en effet, que le *negotium facio ut des* est celui que l'on aurait le plus ordinairement rencontré ici, et vous savez que justement c'est sur cette

hypothèse que l'unité de doctrine se fit le plus longtemps attendre. Le préteur recourut donc encore au procédé de la *cognitio extraordinaria*; et en cela il ne fit que suivre la tendance constante des magistrats de l'empire : vous savez qu'ils multipliaient volontiers les *cognitiones extraordinariæ*, et que même la pratique consacra le droit pour le magistrat de retenir et de juger au fond toute espèce d'affaires, même celles qui par leur nature donnaient lieu à la délivrance régulière d'une formule (L. 8 et 9, de offic. præsid. I, 18). Ce procédé, qui mettait plus directement la justice sous la main du pouvoir, était en parfaite harmonie avec ce mouvement continu d'absorption générale et ce progrès incessant de la centralisation qui caractérisent si tristement l'empire Romain et qui le tuèrent,

En résumé donc, on arrive à distinguer assez nettement les faits qui entrent dans le louage et ceux qui n'y entrent pas. Quant à discerner, parmi ces derniers, ceux qui sont susceptibles de figurer dans un contrat innommé et ceux qui ne le sont pas, un critérium général et vraiment scientifique nous fait défaut. Disons donc qu'il faut procéder par énumération des faits qui autorisent seulement une *cognitio extra ordinem ;* et que tous les autres, ce sera là la règle, pourront ou devenir la cause génératrice d'un contrat innommé ou être dus en vertu d'un pareil contrat.

Vous remarquerez que tous les services dont l'exécution ou la rémunération ne peuvent être poursuivis que par voie de *cognitio extra ordinem* sont ou des services professionnels ou tout au moins des services de telle nature que la première personne venue ne serait pas apte à les fournir. Cette observation vous

rendra compte fort logiquement d'une distinction, au premier aspect assez bizarre : Quand il s'agit d'argent dû à des nourrices, tant qu'elles allaitent l'enfant, elles agissent par voie de *persecutio*. Une fois l'enfant sevré, Ulpien nous dit : *cessant partes præsidis vel prætoris* (L. 1, § 14 et 15, de extraord. cognit.). Pourquoi cela? parce que désormais le service rendu à l'enfant, et conséquemment à sa famille, se résoudra en fournitures de logement et de subsistances que toute autre personne pourrait lui procurer et qui sont appréciables avec une parfaite exactitude. Mais le jurisconsulte ne nous dit pas si désormais il y aura louage ou contrat innommé, et je ne connais pas de texte qui statue sur la question. Si au lieu d'un enfant, il s'agissait d'un animal à nourrir, je n'hésiterais pas ; le louage se concevrait très-bien, parce que le service rendu par le nourrisseur s'exercerait sur une chose mise entre ses mains par celui qui profite du service. Mais peut-on, au point de vue qui nous occupe, assimiler l'enfant, je parle d'un enfant libre, à une chose? Je pencherais plutôt pour la négative, et j'admettrais plus volontiers l'existence d'un simple contrat innommé. Au surplus la question est d'assez mince importance pour que je la laisse *sub judice*. Si je vous ai rapporté la distinction posée par Ulpien, ce n'est pas pour le prix que j'attache à la discussion d'une curiosité juridique en elle-même fort insignifiante; c'est parce que cette distinction met en relief une idée générale que je crois exacte au point de vue Romain.

10e CONFÉRENCE.

Pour compléter mes explications sur les § 1 et 2 de notre loi 5, je dois vous entretenir aujourd'hui de la *condictio ob rem dati* et de la *condictio ex pœnitentia*. Déterminer la place que ces deux actions occupent dans la théorie des contrats innommés, les conditions de leur recevabilité et leurs effets, tel est le but que je me propose.

De la *condictio ob rem dati*. — Vous savez déjà que cette action a pour objet la répétition de la chose donnée en vue d'un but qni ne s'est pas réalisé. L'auteur de la dation dit à son adversaire : « En vous transférant la propriété de ma chose, je vous ai obligé vous-même à donner ou à faire. Au lieu de vous demander, selon mon droit, l'exécution de cette obligation, j'aime mieux tenir pour inexistant le contrat formé et exiger la restitution de ma propre chose ; car vous n'avez aucune raison de la retenir, ne m'ayant pas procuré l'avantage en vue duquel je vous le donnais. »

Cette action ne se rencontre pas, en principe, dans les contrats *facio ut des*, *facio ut facias*. Le silence des textes le prouve. Ce qui le prouve mieux encore, c'est la loi 25 de notre titre. Cette loi fera bien ressortir la différence d'objet qui sépare la *condictio ob rem dati* de l'action *præscriptis verbis*. Voici comment s'exprime le jurisconsulte Marcien :

L. 25 (Marcianus, lib. III Regularum). Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset ut totidem reciperet, posse eum præscriptis verbis agere, sicuti si pænulas dedisset ut tunicas acciperet. Nec esse hoc contrarium quod, si per errorem operæ indebitæ datæ sunt, ipsæ repeti non possunt; nam aliud dando, ut aliud reddatur, obligari jure gentium possumus. Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantumdem ex eodem genere, quorum neutro modo operæ repeti possunt.

Si quelqu'un a donné les services résultant de l'industrie d'un esclave pour qu'en retour on lui fournît les services semblables d'un autre esclave, il peut intenter l'action *præscriptis verbis*, tout comme s'il avait donné des manteaux pour recevoir des tuniques. Et ceci n'est point contredit par cette proposition que si l'on a fourni par erreur des services indus, il est impossible de les répéter en nature. En effet, la dation d'une chose peut bien d'après le droit des gens nous obliger à en rendre une autre. Mais quand on a donné une chose indue, il faut que la répétition porte ou sur cette chose elle-même ou sur une égale quantité de choses du même genre : or ces deux modes de répétition sont impossibles à l'égard des travaux fournis.

Dégageons d'abord la pensée du jurisconsulte.—Dans l'espèce prévue, il y a lieu à l'action *præscriptis verbis*. On pourrait objecter que lorsque des services indus ont été fournis par erreur, il n'est pas possible de les répéter. Cela n'est pas possible, parce que la répétition doit avoir pour objet ou la chose donnée elle-même ou des choses de même genre et qualité. Or, quand il s'agit de services rendus, la raison résiste à l'idée d'une répétition en nature. Quant à la répétition d'une même quantité de services du même genre, elle ne se conçoit pas non plus, parce qu'entre les services d'un homme et ceux d'un autre homme il n'y a jamais ni indentité véritable, ni équivalence exacte (1). Mais cette objection ne touche pas le jurisconsulte. En effet, quand je vous ai permis de faire travailler mon esclave

(1) Cette idée est très-nettement formulée dans les lois 26, § 12, de cond. indeb. (XII, 6) et 31 de solut. (XLVI, 3). Ce dernier texte en tire cette conséquence fort exacte que le fidéjusseur d'une obligation ayant pour objet un fait à accomplir par le débiteur lui-même ne peut pas éteindre l'obligation par son exécution personnelle. Car le fait qu'il exécuterait ne serait pas le fait prévu. Quant à la loi 26, § 12, nous la retrouverons dans un instant.

pour votre propre compte, à condition que le vôtre travaillerait pour moi, l'action *præscriptis verbis* que j'intente contre vous ne tend pas à la répétition du travail effectué; je ne vous demande pas non plus de me procurer, chose impossible, un travail absolument équivalent. Ce que je vous demande, c'est seulement de laisser exécuter le travail convenu, de le laisser exécuter selon les moyens personnels de votre esclave. L'objet de mon action n'est donc ni la chose fournie, ni une chose précisément identique, c'est une autre chose. Or, rien n'empêche que, recevant une chose sous la condition d'en fournir une autre, nous ne nous obligions. Cette obligation résulte même du droit des gens, décision qui nous montre en passant, et c'est un point qu'on n'a jamais mis en doute, que les contrats innommés sont parfaitement accessibles aux pérégrins.

Je vous disais tout à l'heure que la *condictio ob rem dati* n'est pas admissible dans les contrats innommés nés d'un *factum*; et c'est pour démontrer cette proposition que j'ai placé ici l'explication de la loi 25. Et d'abord, le contrat prévu par Marcien rentre bien dans le *negotium facio ut facias,* quoique le jurisconsulte emploie le verbe *dare.* Ce n'est pas, en effet, transférer la propriété que de mettre un esclave à la disposition d'une autre personne qui le fera travailler. Le mot *dare* affecte ici la signification large que Paul lui donne au *principium* de notre loi 5. Et c'est ce que Marcien lui-même essaie de faire ressortir, quand il compare son hypothèse à celle dans laquelle je donnerais des manteaux pour obtenir des tuniques. Comparaison dépourvue de sens, tout ou moins bien inutile, s'il en-

tendait raisonner sur une espèce rentrant dans la classe *do ut des!* Maintenant, n'est-il pas de toute évidence que les mêmes raisons un peu subtiles, si vous voulez, mais bien nettement accusées par Marcien, qui s'opposent à la *condictio indebiti* quand il s'agit de services indûment fournis, s'opposent nécessairement aussi dans notre hypothèse à la *condictio ob rem dati*? Si telle n'était pas la pensée du jurisconsulte, il ne mettrait pas tant de soin et d'insistance à montrer que les raisons qui rendent la *condictio* non recevable ne font aucun obstacle à l'exercice de l'action *præscriptis verbis*, à raison du but tout différent de cette dernière.

En refusant la *condictio ob rem dati* à celui qui avait exécuté un fait pour obtenir une dation ou un autre fait, les jurisconsultes restaient strictement fidèles au principe général des *condictiones*. Vous savez, en effet, que régulièrement toute *condictio* avait sa source dans une dation, dans une stipulation ou dans une expensilation. (Cicéron, pro Rosc. comæd. n. 4 et 5). C'est-à-dire que nul n'était admis à demander, par voie de *condictio*, que la chose ou l'équivalent de la chose par lui donnée, la chose qu'on lui avait promise ou celle qu'il avait portée sur son *Codex* comme dépensée pour le débiteur. Toutefois, pour que vous ne vous mépreniez pas sur la portée exacte de ce principe dans son application en matière de contrats innommés, deux observations me paraissent nécessaires :

1° D'abord l'acceptilation était assimilée à la dation, en ce sens du moins qu'elle pouvait également servir de base à une *condictio*. Cette assimilation est formellement exprimée par Javolénus. (L. 10, de cond. caus. dat. XII, 4). Le jurisconsulte suppose qu'une femme,

sur le point d'épouser son débiteur, lui fait acceptilation *dotis constituendæ causa*. Le mariage venant ensuite à manquer, le débiteur, libéré néanmoins de son ancienne dette, sera tenu d'une *condictio sine causa*. Car qu'importe, dit Javolénus, que l'argent du créancier se trouve aux mains du débiteur par suite d'une dation ou d'une acceptilation, s'il s'y trouve sans cause (1)? Sous l'influence de la même idée, sans doute, Ulpien rend une décision absolument semblable dans une hypothèse où se rencontrent tous les éléments d'un contrat innommé (2). Il suppose que j'ai fait acceptilation à mon débiteur, parce que celui-ci s'engage à me fournir un *expromissor*. Si le débiteur manque à cet engagement, on peut soutenir, décide le jurisconsulte, que la *condictio* me compète contre lui. Quant à l'objet de cette *condictio*, nul doute : elle tendra au rétablissement de l'obligation éteinte, si cette obligation n'était pas encore exigible; sinon, au paiement. Du reste, rien de plus facile à expliquer que cette assimilation de l'acceptilation à une dation : le débiteur est réputé s'être libéré en livrant au créancier la chose due, et le créancier la lui avoir immédiatement retransférée pour l'obliger. Mais faut-il conclure de là que l'acceptilation *ob rem* formât un contrat *do ut des* ou *do ut facias?* En l'absence de textes positifs, cette conclusion me paraîtrait un peu hasardée. Je remarque, en effet,

(1) Pour comprendre la décision de Javolénus, il faut supposer que l'effet de l'acceptilation n'a pas été ajourné par un pacte tacite, jusqu'au moment de la réalisation du mariage. Sans quoi, l'obligation ayant conservé son existence, la *condictio* deviendrait inintelligible (L, 43, pr. de jur. dot. XXIII, 3.)

(2) L. 4, de cond. caus. dat. (XII, 4): Si quis accepto tulerit debitori suo, quum conveniret ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici condici posse ei qui accepto sit liberatus.

qu'Ulpien ne présente pas comme exempte de quelque doute la doctrine qui fait dériver la *condictio* d'une pareille acceptilation. « *Potest dici,* » telle est son expression. Il est donc peu probable qu'il poussât l'assimilation jusqu'à ses dernières conséquences. Ai-je besoin d'ajouter, d'ailleurs, que la question n'offre plus aucun intérêt dans la doctrine qui a prévalu? Ce qu'il faut remarquer, c'est qu'en admettant même, comme je le fais, que l'acceptilation *ob rem* forme seulement un contrat *facio ut facias* ou *facio ut des,* nous trouvons là un cas exceptionnel où certainement la *condictio* appartient à l'auteur du *factum* en concours avec l'action *præscriptis verbis.*

2° Pareillement, lorsque le fait qui donne naissance au contrat innommé consiste en une obligation régulièrement contractée, par exemple lorsque j'ai fait une promesse en vue d'obtenir un avantage que j'ai négligé de stipuler, ne faut-il pas dire que je puis à mon choix intenter soit l'action *præscriptis verbis* pour faire exécuter la convention, soit une *condictio* pour demander ma libération? Cette *condictio* est formellement reconnue par les textes, bien qu'il ne puisse être question d'assimiler une promesse à une dation. (L. 1, § 1 et 2, de condict. sine caus. XII, 7).

Que si nous remontons à la raison philosophique de cette *condictio* donnée à la suite d'une acceptilation ou d'une promesse *ob rem*, cette raison est fort simple : on veut que personne ne s'enrichisse illégitimement aux dépens d'autrui. Et ceci nous conduit à une conclusion beaucoup plus générale que je formule ainsi : Quiconque, en formant les contrats *facio ut facias* ou *facio ut des*, a enrichi la partie adverse, est nécessairement ad-

missible à répéter par voie de *condictio* le montant de cet enrichissement. Aucun texte spécial n'appuie cette doctrine; mais il est facile de montrer qu'elle est en parfaite harmonie avec les principes définitifs de la jurisprudence romaine, Vous savez tous que d'assez bonne heure on admit d'une manière à peu près générale une *condictio* contre toute personne qui sans juste motif se serait enrichie de la chose d'autrui. Cette *condictio*, limitée au montant de l'enrichissement du défendeur, est constatée notamment dans deux textes fort connus, l'un appartenant à Africain, l'autre à Juventius Celsus (L. 23 et 32, de reb cred. XII, 1); et les interprètes l'appellent quelquefois, du nom de ce dernier jurisconsulte, *condictio Juventiana*. Il est vrai que dans ces deux hypothèses nous trouvons quelque chose de plus qu'un simple fait : une chose corporelle, une valeur véritable, est sortie du patrimoine de l'un pour entrer dans le patrimoine de l'autre. Mais si le fait d'autrui me procure un enrichissement appréciable, ne faut-il pas que le résultat soit le même? La raison le commande, et c'est en effet la solution qui parait avoir prévalu. La loi 25 de notre titre nous montrait tout à l'heure que, d'après la rigueur des principes, la *condictio indebiti* ne saurait s'appliquer à des *operæ* indûment fournies. Cependant, Celsus, dominé par un sentiment d'équité, parait fort disposé à autoriser la *condictio* au profit de l'affranchi qui par erreur et indûment aurait fourni des *operæ fabriles* à son patron. Il se fait bien une objection tirée de l'impossibilité d'une répétition qui aurait pour objet soit en nature les travaux fournis, soit des travaux d'une parfaite équivalence. Mais deux motifs lui font repousser l'objection : Ces *operæ* sont susceptibles d'une

estimation en argent, et de plus il y a d'autres hypothèses ou la chose qu'on demande par une *condictio* n'est pas la chose même qu'on a fournie. En conséquence, Celsus admet ici une *condictio* jusqu'à concurrence de la valeur locative des services rendus. Et Ulpien qui rapporte cette décision l'approuve (L. 26 § 12, de cond. indeb. XII, 6). Maintenant, ce qu'on admit à l'égard d'un service indûment fourni comme dû, n'est-il pas très-vraisemblable qu'on l'admît aussi lorsque ce service avait été fourni *ob rem?* Si les textes restent muets sur ce point, leur silence n'est pas embarrassant à expliquer. La *condictio*, limitée au profit retiré par le défendeur, présentait une fort médiocre utilité pour un créancier qui avait le droit d'exiger plus que cela, le droit de demander ou l'exécution de la prestation convenue ou les dommages-intérêts résultant de son inexécution. Mais l'évidente rareté de cette *condictio* dans la pratique, ne nous autorise pas à la rejeter si elle résulte des principes. Cette *condictio* du reste diffère de la *condictio ob rem dati*, en ce que celle-ci dépasse souvent l'enrichissement du défendeur.

En résumé, lorsque dans notre loi 5 nous voyons Paul ne parler de la *condictio* qu'à propos des *negotia do ut des, do ut facias*, nous ne devons pas en conclure, comme le font ordinairement les interprètes, qu'il la rejette absolument dans les deux autres hypothèses. Elle ne sera exclue dans ces deux hypothèses que lorsque le fait accompli ne sera ni, comme une acceptilation, de nature à être révoqué par des voies juridiques, ni, comme des *operæ fabriles*, susceptible d'une estimation en argent. La pensée de Paul est donc seulement que les deux premières classes de contrats innommés sont

les seules dans lesquelles le choix entre la *condictio* et l'action *præscriptis verbis* forme le droit commun et la règle générale. Ce sont les seules aussi où la *condictio* tende au recouvrement d'un droit de propriété transféré par le demandeur.

Revenons à la *condictio* résultant d'une dation *ob rem*.

Cette *condictio*, comme la *condictio indebiti*, rentre dans une catégorie plus générale, elle rentre dans la *condictio sine causa*. La dation a-t-elle été faite en vue d'une cause future qui ne se réalise pas? la *condictio* s'appelle spécialement *condictio ob rem dati* ou *condictio causa data causa non secuta*. La dation a-t-elle été faite en vue d'une cause se référant au passé et consistant en une obligation dont par erreur on se croyait tenu? la *condictio* s'appelle *condictio indebiti*. Enfin la dation a-t-elle été fondée sur toute autre cause se référant au passé, ou sur une cause actuellement existante, mais qui depuis a cessé d'exister? la *condictio* conserve son nom générique de *condictio sine causa*. Mais il est manifeste que dans tous ces cas la cause manque. Toutes ces *condictiones* dérivent donc du même principe; et dans un sens large, ce sont bien toutes des *condictiones sine causa*. Cette observation nous explique d'abord le désordre avec lequel les textes relatifs à ces trois matèires sont entremêlés au Digeste et au Code sans le moindre respect de la rubrique sous laquelle on les place. Cette même observation justifie, et ceci est beaucoup plus important, ce que je vous ai précédemment enseigné, savoir que la *condictio ob rem dati* précéda la création de la théorie des contrats innommés. En effet, nous n'apercevons pas qu'il y ait eu

une époque où les Romain n'admissent pas la *condictio sine causa*. Et l'équité qui en est le fondement nous permet de la croire aussi ancienne que le droit romain lui-même.

Est-ce à dire qu'une fois établie la théorie des contrats innommés n'exerça aucune influence sur la nature de la *condictio ob rem dati*? Ce serait là une grave erreur. Cette influence se manifesta, au contraire, en deux points essentiels qui vous sont déjà connus et qu'il est nécessaire de rappeler ici :

1° Tant que la dation ne fit pas naître un contrat, la *condictio* dut être recevable contre l'*accipiens*, encore que l'inexécution de la prestation convenue ne lui fût pas encore imputable. Ainsi avais-je donné de l'argent à quelqu'un pour affranchir son esclave dans un certain délai ? Même avant l'expiration de ce délai, je pouvais exercer l'action en répétition de la chose. Et pourquoi cela? parce que mon adversaire n'étant pas obligé à affranchir, parce que nulle action ne m'ayant jamais appartenu pour l'y contraindre, il était exact de considérer ma dation comme dépourvue de cause aussi longtemps que l'affranchissement n'avait pas suivi. Cette doctrine n'est pas celle que nous trouvons dans les jurisconsultes. Ils nous présentent la *condictio ob rem dati* comme non recevable tant que la partie adverse n'a rien à se reprocher. (L. 3, § 2 et 3. — L. 5, pr. § 4, de condict. caus. dat. XII, 4). Cela tient à ce que les textes que nous possédons sur la matière datent tous de l'époque classique, d'une époque où les contrats *do ut des, do ut facias*, étaient admis, ou, peu s'en faut, par tout le monde. Or, de l'existence reconnue du lien contractuel découle l'impossibilité de répéter tant

que le débiteur est admissible à se retrancher dans les termes du contrat et peut dire : je n'ai pas encore exécuté, c'est vrai, mais le contrat m'accorde un délai qui n'est pas écoulé, ou bien nul délai ne m'a été fixé, mais jusqu'à présent il n'a pas dépendu de moi d'exécuter.

2° Tant que l'existence du contrat ne fut pas admise, de même que les risques de la chose donnée incombaient à l'auteur de la dation, de même et réciproquement, les risques de la chose à donner en retour incombaient à celui qui avait reçu cette première dation. Ainsi, quand je vous ai donné Stichus pour que vous me donniez Pamphile, la mort de ce dernier ne m'empêche pas de répéter Stichus. Pareillement, si je vous ai donné Stichus pour que vous affranchissiez Pamphile ou pour que vous exécutiez un autre fait quelconque, l'exécution du fait convenu a beau devenir impossible par les circonstances les plus indépendantes de votre volonté, je reste admissible à répéter. Nous avons retrouvé les traces de cette doctrine ancienne dans une décision de Celsus (L. 16, de cond. caus. dat. XII, 4). Mais nous l'avons vu repoussée par Paul et condamnée par un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien (L. 10, C. de condict. ob caus, dat. IV, 6). Autant la décision de Celsus était en harmonie avec la doctrine ancienne qui excluait le lien contractuel, autant celle de Paul et de Dioclétien cadre avec la doctrine nouvelle qui consacre ce lien.

En somme, l'influence de la théorie des contrats innommés sur la *condictio ob rem dati* peut se résumer dans les termes suivants : cette *condictio* ne peut plus ni être intentée avant que l'action *præscriptis verbis* soit elle-même recevable, ni lui survivre. En un mot, il

y a identité quant aux conditions nécessaires pour l'exercice de l'une ou l'autre action. Ces modifications profondes subies par la *condictio ob rem dati* vous empêcheront de vous étonner, si parfois les textes paraissent la considérer comme dérivant *ex contractu*. Au point de vue purement pratique, il y avait là quelque chose de vrai.

Cette action diffère de l'action *præscriptis verbis*, tout à la fois par son but, qui est la restitution de la chose donnée et non pas l'exécution de la convention, et par son caractère d'action *stricti juris*.

Elle diffère profondément aussi de la *condictio indebiti*, malgré la similitude de leur origine, et quoique l'une et l'autre rentrent dans la classe des *condictiones sine causa*. D'abord la *condictio indebiti* implique nécessairement une dation faite par erreur. La *condictio ob rem dati*, au contraire, ne suppose rien de pareil. Au premier aspect, elle paraît même exclusive de l'idée d'erreur, parce que la *datio ob rem* est faite en vue d'une cause future, et que l'erreur proprement dite se refère toujours au passé ou au présent. N'abusez pas toutefois de cette idée : si, par exemple, je vous ai donné dix pour que vous affranchissiez Stichus, et que Stichus, à mon insu, fût mort ou déjà devenu libre, voilà bien une *datio ob rem* déterminée par une véritable erreur. A coup sûr, le contrat *do ut facias* ne s'est pas formé, mais il est bien certain que la *condictio ob rem dati* me compète.

Une autre différence, beaucoup plus importante, sépare ces deux *condictiones*. Dirigée contre un défendeur de bonne foi, la *condictio indebiti* lui enlève seulement la valeur dont il s'est enrichi (L. 65, § 8, de

cond. ind. XII, 6). Au contraire, la *condictio ob rem dati* aboutit toujours à une condamnation égale à la valeur de la chose donnée. En règle générale, la bonne foi du défendeur ne se comprendrait même pas dans cette action, car la bonne foi n'est autre chose qu'une erreur. Par exception cependant, dans les mêmes cas où la dation *ob rem* a été effectuée sous l'empire d'une erreur, cette erreur a pu être partagée par l'*accipiens*. Devrons-nous dire alors que sa bonne foi doit faire réduire la condamnation au montant exact de son enrichissement ? La négative ressort de la décision suivante (L. 3, § 5, de cond. caus. dat. XII, 4) : Un comédien nommé Pâris, se croyant esclave de Domitia, fille de Néron, lui avait donné une certaine somme pour obtenir la liberté. Instruit de son erreur, il répéta la somme, et le juge en ordonna la restitution, sans même examiner si Domitia l'avait reçue sciemment ou par erreur. Ulpien, généralisant cette décision, conclut que tout homme libre qui, se croyant esclave, donne à son maître apparent quelque chose pour se faire affranchir, est admis à répéter tout ce qu'il a donné.

De cette différence entre la *condictio indebiti* et la *condictio ob rem dati*, résulte la conséquence suivante: la *condictio indebiti* se présentera d'ordinaire avec une *intentio incerta*. Si, en effet, le demandeur n'est pas pleinement certain que le défendeur ou a reçu l'indû de mauvaise foi, ou a profité de tout ce qu'il a reçu, il court le risque de la *plus petitio* en prenant une *formula certa*. Au contraire, puisque la bonne foi et l'enrichissement du défendeur sont indifférents dans la *condictio ob rem dati*, le demandeur pourra presque toujours, sans aucun danger, prendre une *formula cer-*

ta ; il le pourra toutes les fois que la nature, la quantité et la qualité de la chose donnée apparaîtront d'une manière bien évidente. Et il faut dire qu'en pareil cas il y aura lieu à une *sponsio pœnalis tertiæ partis*. Car la condition nécessaire de cette *sponsio* ne fait pas défaut: la demande a bien pour objet *certa pecunia credita* (Gaius IV, § 171 (1)).

Passons à la *condictio ex pœnitentia*.

Je vous ai déjà dit qu'anciennement, lorsque la dation *ob rem* ne faisait naître aucun contrat, la *condictio* ouverte à son auteur n'avait évidemment pas besoin d'être motivée sur une inexécution imputable à la partie adverse. Le *jus pœnitendi* constituait donc ici le droit commun, et il n'y avait pas lieu de distinguer la *condictio ob rem dati* et la *condictio ex pœnitentia* : ces deux actions se confondaient en une seule. Mais une fois admis que la partie qui avait reçu la dation se trouvait véritablement obligée *ex contractu*, ce *jus pœnitendi* dut disparaître : il y aurait eu anachronisme et contresens à le maintenir. Les principes du droit et la notion de l'équité résistent à cette idée qu'une partie contractante demeure maîtresse de résoudre ou de conserver le contrat, selon ses convenances et son caprice. Aussi, malgré l'autorité des nombreux interprètes qui, par une imprudente généralisation de quelques textes spéciaux, ont considéré le *jus pœnitendi* comme constituant le droit commun dans tous les contrats innommés formés

(1) Par hypothèse, la demande est *certa*. Elle a bien pour objet *pecuniam*, dans le sens large du mot (Gaius III, § 124. — L. 222, de verb. signif. L. 16). Enfin qu'il y ait *creditum*, cela pouvait n'être pas admis autrefois, quand la dation *ob rem* ne donnait naissance à aucun contrat. Mais cela ne peut plus être nié dans le droit classique. Il suffit pour s'en convaincre de lire la définition du *creditum* (L. 1, de reb. cred. XII, 1).

par une dation, je crois que la vérité réside en principe dans la thèse inverse. Pour admettre ce droit de résolution facultatif au profit du créancier, un texte formel et bien précis serait nécessaire. Or, tout au contraire, si nous envisageons d'abord le contrat *do ut des*, nous voyons le *jus pœnitendi* bien clairement proscrit par plusieurs textes qui subordonnent l'exercice de la *condictio* à une violation du contrat (L. 5 et 7, de rer. permut. C. IV, 64). A l'égard du contrat *do ut facias*, les mêmes motifs durent déterminer la même solution ; et, en effet, une bonne analyse des textes nous prouve que l'exclusion du *jus pœnitendi* constitue la règle ici tout aussi bien que dans les contrats *do ut des*. Pour nous borner à notre loi 5 § 2, voyez avec quel soin Paul, pour donner ouverture à la *condictio*, exige que le délai fixé pour l'exécution du fait soit entièrement écoulé, ou, en l'absence du délai fixé, que du moins il ait été possible au défendeur d'exécuter.

Cependant quelques textes relatifs à des hypothèses qui rentrent dans le contrat *do ut facias* posent le *jus pœnitendi* comme un droit incontestable et incontesté. Ces textes appartiennent tous à Ulpien, précisément celui des jurisconsultes qui parait avoir admis de la manière la plus large et la plus complète la théorie des contrats innommés. Ils ne portent aucun indice d'interpolation ; et rien, je le répète, n'y laisse soupçonner soit la moindre hésitation personnelle du jurisconsulte, soit l'existence ou même la possibilité d'une controverse. Pour les expliquer, attachons-nous scrupuleusement aux hypothèses qu'ils prévoient : cette analyse nous conduira à conclure au caractère exceptionnel

et restreint de ce *jus pœnitendi*. Ces hypothèses se ramènent à quatre :

1° Je vous ai donné dix pour que vous affranchissiez votre esclave Stichus (L. 3 § 2 et 3, de cond. caus. dat. XII, 4). Je puis répéter tant que l'affranchissement n'est pas consommé, et cela quoique le délai fixé ne soit pas encore expiré, ou, en l'absence d'un délai fixé, quoique vous n'ayez pas encore eu la possibilité d'affranchir.

2° Je vous ai donné dix pour acheter un esclave désigné et l'affranchir. Tant que vous n'avez pas acheté, le repentir m'est ouvert sous la condition de vous notifier mon changement de volonté. Avez-vous fait l'acquisition? Le repentir m'est encore permis en ce sens qu'au lieu de vous redemander dix, je puis vous demander l'esclave lui-même (L. 5 § 2, eod. tit.).

3° Je vous livre mon esclave pour que vous l'affranchissiez dans un délai donné. Tant qu'il n'est pas affranchi, la répétition m'est possible, même avant l'expiration du délai (L. 5 § 1, eod. tit.).

4° Je vous donne de l'argent pour que vous fassiez un voyage à Capoue. Tant que vous n'êtes pas parti, et encore que je ne puisse vous imputer aucune faute, la répétition m'est permise. Si toutefois vous avez déjà fait des préparatifs et déboursé quelque chose, le montant de vos frais devra être déduit de la condamnation (L. 5, pr. eod. tit.),

Dans les trois premières hypothèses, il s'agit pour moi, auteur de la dation, de procurer à un esclave le bénéfice de l'affranchissement. Je fais une libéralité dont vous devez être l'instrument. En dernière analyse le contrat tend à m'appauvrir sans tendre à vous enrichir. Et si je vous donne quelque chose, c'est seu-

lement pour vous indemniser. Mais toute pensée de spéculation est absente de votre côté comme du mien. Ceci posé, n'est-il pas très-naturel et très-légitime que celui qui a conçu un projet de libéralité puisse le révoquer librement, tant que l'exécution n'est pas consommée (1)? Le bénéficiaire, qui est ici l'esclave, ne saurait se plaindre de cette révocation, le droit ne lui ayant jamais été acquis. D'autre part, le tiers qui prête son intermédiaire et ses bons offices à l'exécution de la libéralité faite par autrui pourrait-il davantage se plaindre? La révocation ne saurait lui nuire, puisque l'exécution de la libéralité ne lui aurait pas profité. A regarder au fond des choses, la position de celui qui a reçu présente une grande analogie avec celle du mandataire. Deux motifs cependant nous empêchent d'admettre ici le mandat : c'est d'abord la gratuité inhérente à ce contrat; ici l'*accipiens* reçoit une chose dont il ne tirera qu'un profit insensible ou nul, néanmoins il reçoit quelque chose. C'est en second lieu que, quoique le mandat se contracte valablement au profit d'un tiers, cependant ce mandat ne se conçoit pas en dehors d'un intérêt né et actuel pour le mandant (L. 8, § 6, mand. XVII, 1). Ainsi, d'une part, simple projet de libéralité, d'autre part convention analogue au mandat, voilà ce que nous rencontrons dans nos trois hypothèses. Or, une libéralité projetée n'a rien de définitif, et un mandat est essentiellement

(1) Cette idée explique seule la révocabilité naturelle des donations *mortis causa* par le changement de volonté du donateur. Définitives par rapport aux héritiers de ce dernier, s'il prédécède sans s'être repenti, elles restent entre lui et le donataire à l'état perpétuel de projet.

révocable. Cela ne suffit-il pas pour justifier le *jus pœnitendi* dans ces trois hypotèses ?

Sur la quatrième hypothèse, je ne dirai plus que le contrat tend à réaliser une libéralité au profit d'un tiers. Mais visiblement il n'intéresse que celui qui a donné l'argent ; pour celui qui l'a reçu, cet argent n'est qu'une indemnité, peut-être légèrement supérieure, peut-être insuffisante, des frais, des démarches et de la perte de temps qu'il s'impose. Sauf cette chance pour l'*accipiens* d'une perte insignifiante ou d'un faible bénifice qui assurément ne constituent pas le but du contrat, l'analogie avec le mandat nous apparaît ici tout-à fait frappante. Et cette analogie justifie pleinement encore la faculté de révoquer.

Concluons donc par la formule suivante : Le *jus pœnitendi* ne nous apparaît qu'exceptionnellement dans certains contrats *do ut facias,* alors que la dation, soit qu'elle doive profiter à son auteur ou à un tiers, ne tend pas à enrichir l'*accipiens*, mais seulement à lui épargner la perte qu'il éprouverait par l'exécution pure et simple de son obligation. Cette doctrine intermédiaire, d'ailleurs fort raisonnable en elle-même, respecte et explique tous les textes sans aller au-delà de leurs décisions : elle est donc par cela même infiniment préférable soit à celle qui affirme l'existence du *jus pœnitendi* dans tous les contrats innommés formés par une dation, soit à celle qui le nie d'une manière absolue au mépris des textes les plus positifs (1).

Le domaine de la *condictio ex pœnitentia* ainsi déli-

(1) Voir sur les *jus pœnitendi* le savant traité des *obligations naturelles* de M. Machelard, pages 54 et suiv.

mité, je dois vous faire sur cette action deux observations importantes :

1° Il résulte des motifs mêmes qui la font admettre et du but qu'elle se propose que jamais elle ne doit appauvrir le défendeur. La condamnation sera donc nécessairement restreinte au profit qu'il a retiré de la dation. C'est ainsi que dans l'hypothèse du voyage à faire à Capoue (L. 5, § 1, de cond. caus. dat. XII, 4), les frais déjà faits par l'*accipiens* s'imputeront en déduction de la restitution qui lui est demandée. Cette décision, tout-à-fait identique à celle qu'on donne en cas de révocation du mandat, sépare profondément cette *condictio* de la *condictio ob rem dati*, dans laquelle le défendeur restitue intégralement la valeur reçue, encore qu'il en résulte pour lui une perte. De là suit que la *condictio ex pœnitentia* aura toujours une *intentio incerta*, le demandeur ne pouvant pas savoir à l'avance de quelle quantité précise le défendeur s'est enrichi.

2° En supposant que l'exécution de la convention devienne impossible sans le fait ni la faute de l'*accipiens*, la *condictio ex pœnitentia* disparait pour l'avenir tout aussi bien que la *condictio ob rem dati* (L. 5, § 2, de cond. caus. dat.). Le défendeur bénéficie donc du cas fortuit. Vous reconnaîtrez ici que si, après l'admission de la théorie des contrats innommés, la *condictio ex pœnitentia* conserva encore quelques applications, elle subit, elle aussi, dans la sphère restreinte qui lui fut laissée, l'influence de cette théorie,

J'ai terminé mes explications sur la *condictio ob rem dati* et sur la *condictio ex pœnitentia* considérées en elles-mêmes. Il me reste à examiner si ces deux actions peuvent se concilier avec la doctrine

d'après laquelle les pactes nus engendrent des obligations naturelles. En effet, pourrait-on dire, l'existence d'une obligation naturelle forme un obstacle invincible à la répétition de ce qui a été payé. Si donc les contrats *do ut des, do ut facias*, ne sont autre chose que des pactes changés en contrat par l'exécution que leur a donnée l'une des parties, comment comprendre qu'en aucun cas la répétition soit accordée à cette partie? De toute nécessité, il faut ou lui dénier cette faculté de répéter, ce qui est impossible, ou admettre que même à l'époque du droit classique, les pactes n'emportaient jamais obligation naturelle; et c'est là encore une doctrine qui, dans cette généralité, n'est pas facilement acceptable. Cette objection a surtout embarrassé les partisans absolus du *jus pœnitendi*. Est-elle suffisamment réfutée pour nous, qui ne considérons ce *jus pœnitendi* que comme une faculté exceptionnelle justifiée seulement pour des cas très-rares et par des motifs tout-à-fait spéciaux? Je ne le pense pas. Et l'objection me paraît s'élever avec une force à peu près égale contre la *condictio ob rem dati*. On a bien dit, pour sortir de la difficulté, qu'il faut tenir compte de l'intention des parties; qu'ici la dation n'a pas été faite *animo solvendi*, mais *animo contrahendi*, c'est-à-dire que celui qui a donné n'a point entendu acquitter une dette, mais bien former un contrat qui obligeât l'autre partie. Ce sont là des idées exactes, mais qui ne résolvent pas la difficulté. Sans doute, vous avez voulu former un contrat, et vous l'avez formé : aussi avez-vous acquis l'action *præscriptis verbis*. Mais, du même coup, s'il y avait à votre charge une obligation naturelle, vous l'avez exécutée. Que tel ne fût pas votre but, j'en con-

viens ; mais où donc voit-on que, pour refuser la répétition au débiteur naturel, il faille s'inquiéter du motif qui a déterminé le paiement? C'est là justement la puissance de l'obligation naturelle : elle exclut absolument la faculté de répéter. Je dis donc que cette *condictio ob rem dati*, très-facile à motiver sans doute (1), rend tout-à-fait inintelligible l'idée d'une obligation naturelle antérieure ; et en conséquence, allant beaucoup plus loin qu'on ne le fait d'ordinaire, je dirai que les pactes synallagmatiques ne contiennent pas d'obligation naturelle proprement dite. Cela me paraît évident pour qui part de cette idée certaine que, si les pactes peuvent engendrer obligation naturelle, cela tient à ce que, malgré le défaut de solennités, la volonté de s'obliger n'a pas manqué chez le débiteur. Or, cette volonté de s'obliger existe-t-elle véritablement dans les pactes synallagmatiques? Non, certes. Chaque partie n'entend s'obliger qu'autant que l'autre partie aura exécuté. Donc, tant que les choses demeurent entières, l'obligation de chacune est affectée d'une condition. L'une d'elles a-t-elle exécuté? alors l'autre est obligée, mais civilement. Quant à celle qui a exécuté, par cela seul que l'autre refuse l'exécution, elle a le droit de dire : « J'ai donné sans cause, je n'étais pas obligée, donc je répète ma chose. » Encore une fois, cette répétition serait inintelligible, si l'auteur de la dation devait être considéré comme ayant été, dès le moment de la convention, tenu d'une obligation naturelle pure et simple. Et voyez où conduirait la doctrine contraire. Nous

(1) Le motif donné ci-dessus (page 144) pour justifier cette *condictio* dans l'échange la justifie également dans le contrat *do ut facias*.

avons fait ensemble un pacte d'échange resté de part et d'autre sans exécution. Puis je deviens votre créancier civilement, en vertu d'une autre cause. Si je vous poursuis, ma prétendue obligation naturelle étant admise, vous allez me l'opposer par voie d'exception. Mais alors ne serai-je pas en droit de vous répliquer : « Vous aussi, *ex pacto*, vous êtes obligé naturellement »? Et alors, le juge devant tenir compte aussi bien de votre propre obligation naturelle que de la mienne, le résultat serait exactement le même que si ni vous ni moi n'étions obligés naturellement, et ma demande triompherait. Or qu'est-ce qu'une obligation naturelle destituée d'effet? N'est-il pas infiniment plus rationnel de déclarer qu'elle n'existe pas?

Me dira-t-on qu'il y a incohérence et contradiction à reconnaître l'obligation naturelle dans les pactes unilatéraux et á la nier dans les pactes synallagmatiques? Cette incohérence ne me frappe pas. Dans le principe, il est bien évident que les pactes nus n'engendraient aucune espèce d'obligation. A tort ou à raison, le consentement manifesté sans formes spéciales ne paraissait pas suffisamment certain. Plus tard, les jurisconsultes reconnaissent que ce point de vue a quelque chose d'étroit et de faux; et, en conséquence, ils s'ingénient à créer des moyens de garantir le pacte. S'il est pur et simple, on le considère comme une source d'obligation naturelle ; il est impossible d'aller plus loin sans méconnaître la règle *ex nudo pacto actio non nascitur*. S'il est synallagmatique, tant qu'il reste sans exécution aucune, il est bien inutile de le considérer comme produisant un lien qu'il serait impossible de sanctionner ; mais que l'une des parties l'exécute, et

immédiatement le voilà muni d'une énergique garantie. Il est devenu contrat et oblige civilement. Il y a donc là deux réactions qui s'opèrent parallèlement contre l'ancienne théorie des pactes nus, à la fois si simple et si grossière.

11e CONFÉRENCE.

Avant d'entrer dans les explications que je me propose de vous soumettre sur les contrats *facio ut des* et *facio ut facias*, je crois utile de vous rappeler que ces deux classes de contrats innommés ne furent pas aussi facilement acceptées que les deux précédentes, spécialement que le contrat *facio ut des* était encore contesté et assez généralement repoussé au commencement du troisième siècle : vous en aurez bientôt la preuve. Nous avons donc deux questions à nous poser : Pourquoi la dation fut-elle, bien avant le *factum*, considérée comme susceptible de former un contrat? Et pourquoi, quand cette force eut été reconnue en principe au *factum*, distingua-t-on si le *factum* tendait à obtenir un autre *factum* ou une dation? Sur la première question, une observation déjà faite peut vous faire pressentir ma réponse : nous avons vu que les contrats *do ut des* et *do ut facias* s'analysent en une dation accompagnée d'un pacte adjoint *in continenti*. En consacrant ce pacte par une action, la jurisprudence suit un mouveement tout à fait semblable à celui qui la porta d'abord à sanctionner pleinement les pactes joints *in continenti* à un contrat de bonne foi, et plus tard aussi la grande généralité des pactes joints à un contrat de droit strict. Mais les *negotia facio ut des et facio ut facias* ne se résolvent-ils pas, d'une manière analogue,

en des pactes adjoints *in continenti* à un *factum*? Pourquoi donc leur refuser l'effet accordé aux pactes adjoints à une dation? Deux considérations expliquent jusqu'à un certain point l'hésitation des jurisconsultes. La dation constitue toujours un acte juridique; elle produit un résultat que la législation consacre, elle fait naître un droit. Donc on comprend très-bien qu'elle serve de support à un pacte, qu'elle lui communique sa propre existence juridique et en fasse un contrat. Parmi les faits, au contraire, vous en trouverez un bon nombre qui par eux-mêmes manquent de tout caractère juridique et n'engendrent aucun droit. Tels sont, à titres d'exemples, un voyage à Capoue, l'indication du lieu où se cache votre esclave fugitif. Comment ces faits communiqueraient-ils au pacte une force qui leur manque à eux-mêmes, la force de créer un droit? Vous pouvez ajouter que la dation a pour résultat nécessaire d'appauvrir celui qui la fait et d'enrichir celui qui la reçoit, tandis que très-souvent le fait que vous aurez accompli ne vous aura pas appauvri, c'est ce qui arrive quand vous me dénoncez la retraite de mon esclave fugitif; ou ne m'aura pas enrichi, c'est ce qui arrivera, si vous affranchissez votre esclave. Voilà une seconde raison pour expliquer l'attention moindre qu'on accorde aux pactes joints à un *factum*. Toutefois ces raisons, telles quelles, n'existaient pas toujours et surtout ne se cumulaient pas nécessairement. Ainsi une promesse, une acceptilation, un affranchissement constituent bien des faits juridiques; ils diminuent bien l'actif de celui qui les accomplit, et les deux premiers augmentent le patrimoine de celui qui les reçoit. A l'égard des faits qui manquent d'un caractère juridique véritable, il y en a

qui pourtant se rapprochent des faits juridiques ; c'est ce qui arrive par exemple quand je vous livre ma chose dans un but déterminé et sans vous en transférer la propriété. Quant aux faits d'une tout autre nature, tels que le voyage que vous faites pour mes affaires personnelles ou la révélation de l'endroit où se cache mon esclave en fuite, il sera rare qu'ils n'aboutissent pas ou à vous appauvrir ou à me procurer un profit, quelquefois à l'un et à l'autre résultat. Une bonne analyse conduit d'ailleurs à reconnaître que la bonne foi souffre du mépris des conventions *facio ut des* ou *facio ut facias* tout autant que de la violation des contrats *do ut des, do ut facias*. Donc, les idées Romaines s'élargissant, on arrive à voir dans le *factum* aussi bien que dans la *datio* la cause suffisante d'une obligation contractuel.

Ici se présente la seconde question : Pourquoi le *factum ut des* aura-t-il moins d'énergie que le *factum ut facias?* Si vous y prenez garde, la formation d'un contrat innommé suppose quelque chose de plus qu'un pacte joint à une dation ou à un *factum:* Elle suppose que l'opération dans son ensemble présente une similitude marquée avec un contrat nommé. C'est ce qui ressort nettement de la loi 5 § 4 et de beaucoup d'autres textes. Eh bien! A tort sans doute, mais très-réellement, les jurisconsultes furent plus lents à saisir cette analogie pour le *negotium facio ut des* que pour les trois autres *negotia*. J'essaierai dans un instant de vous faire comprendre pourquoi.

Au surplus, gardez-vous ici d'un esprit de système exagéré. Il est fort possible qu'avant toute généralisation, tel *factum* particulier eût été reconnu susceptible

de former un contrat. Il est possible aussi que telle hypothèse, comprise dans le *negotium facio ut des*, eût échappé de bonne heure à la réprobation générale que rencontrait ici l'idée de contrat.

Ces observations bien saisies, nous sommes en mesure d'aborder le *negotium facio ut des*, objet du § 3, loi 5. Ce paragraphe est très-court, très-clair en lui-même ; et néanmoins, soit qu'on l'isole pour le soumettre à une analyse rationnelle, soit qu'on le confronte avec d'autres textes absolument contraires, on sent qu'on touche à une des plus sérieuses difficultés de la matière. Aussi, les interprètes n'ont épargné ici ni les commentaires, ni les conjectures : deux lignes de Paul ont fait éclore des volumes.

§ 3. — Quod si faciam ut des, et, postea quam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.	Que si je fais pour que vous donniez, et qu'une fois le fait exécuté vous manquiez à donner, il n'y aura pas d'action civile, et en conséquence on donnera l'action de dol.

Pour qui analyse ce texte sans esprit de système et sans idée préconçue, il exprime deux propositions et en sous-entend une troisième. Les deux propositions exprimées sont celles-ci : 1° l'auteur du *factum* n'aura pas l'action *præscriptis verbis* : car c'est à cette action, bien évidemment, que Paul se réfère par ce mots *civilis actio* qui, dans les § 1 et 2, lui ont déjà servi à la désigner. 2° Il y aura lieu à l'action *de dolo*. Remarquez bien que Paul qui, dans les § 1, 2 et 4, raisonne sur des hypothèses déterminées, suit ici un tout autre procédé. Il statue *in abstracto ;* d'oú il faut conclure que ces deux propositions présentent une portée générale et s'appliquent dans la pensée de leur auteur à tous les *negotia facio ut des*. Quant à la proposition sous-entendue,

je la formule ainsi : la *condictio* n'appartient pas, en principe, à l'auteur du *factum* (1). C'est ce qui résulte de la nature même des choses, du silence de Paul sur cette action, plus énergiquement encore de l'admission de l'action *de dolo* qui ne se donne jamais, vous le savez, que comme ressource extrême, alors que toute autre action fait défaut.

La conclusion qui se dégage donc tout naturellement de ce texte, c'est que Paul, qui n'a pas hésité à reconnaître des contrats dans les *negotia do ut des* et *do ut facias*, et qui n'hésitera pas davantage à en reconnaître un dans le *negotium facio ut facias*, Paul, dis-je, envisage tout différemment l'hypothèse *facio ut des ;* les éléments d'un contrat lui paraissent manquer ici, et c'est pourquoi voulant donner une action, il recourt à l'action *de dolo* qui est la négation même de toute obligation contractuelle. Cette doctrine de Paul a paru étrange, et cela pour deux motifs : d'abord l'hypothèse *facio ut des* n'est autre que l'hypothèse *do ut facias* renversée. Comment nier le contrat dans l'une, quand on l'a reconnu dans l'autre ? En second lieu, d'autres textes que nous étudierons avec soin admettent l'action *præscriptis verbis* au profit de l'auteur du *factum*, par conséquent reconnaissent qu'il a formé un contrat. Donc Paul n'est-il pas en contradiction flagrante et avec les autres jurisconsultes, et, ce qui est plus grave, avec lui-même ? Je vous donnerai bientôt ma réponse personnelle à cette question. Auparavant, je dois vous in-

(1) Que ceci s'entende sous la réserve des observations faites ci-dessus pages 169 et suiv. On a vu que la *condictio* peut appartenir en certains cas à l'auteur du *factum* ; mais on a vu aussi qu'elle est exceptionnelle, et aboutit moins à l'indemniser qu'à dépouiller le défendeur d'un profit réalisé sans cause.

diquer, pour vous prémunir contre elles, certaines interprétations auxquelles je serais disposé à n'attacher aucune importance, si ce n'était qu'elles émanent des interprètes les plus justement estimés.

Noodt a introduit dans le texte de Paul une distinction qui ne s'y trouve pas. La pensée du jurisconsulte serait celle-ci : Quand il y a dol dès le début, le contrat ne se forme pas, et alors l'auteur du *factum* sera réduit à une action *de dolo*. Lorsqu'au contraire il n'y a pas eu dol dès le principe, le contrat s'est formé ; et si plus tard le défendeur ne l'exécute pas, Paul, à l'exemple des autres jurisconsultes, donnerait l'action *præscriptis verbis*. Prendre à la lettre et comme contenant une décision absolue le § 3 qui nous occupe, ce serait, dit Noodt, le mettre en contradiction avec la dernière phrase du § 2, phrase dont nous n'avons pas encore étudié les décisions. Cette explication de Noodt, déjà fort arbitraire en elle-même, se condamne encore en ce qu'elle prend pour point de départ la parfaite authenticité de cette dernière phrase du § 2 ; or, je vous montrerai prochainement, et sans beaucoup de peine, que cette authenticité ne saurait être admise. Du reste, il n'est pas douteux que certains jurisconsultes ont distingué entre les cas où il y a eu dol au début et les cas où ce dol n'a pas existé. Mais ce qui n'est pas douteux non plus, ce que je constate, c'est que cette distinction est assez étrangère au texte de Paul pour qu'on ne ly découvre pas sans quelque imagination.

Doneau avait proposé une explication beaucoup plus inadmissible encore. Selon lui, Paul ne refuserait pas l'action *præscriptis verbis* à l'auteur du *factum*. Il entendrait lui donner le choix entre cette action et l'ac-

tion *de dolo* qui remplacerait ici la *condictio ob rem dati*. Que devient dans cette explication le texte si formel de Paul : *nulla erit civilis actio?* De plus, quelle utilité sérieuse cette action *de dolo* offrirait-elle à une personne déjà munie d'une action beaucoup plus avantageuse, d'une action perpétuelle et transmissible passivement ? Enfin, ce qui est plus grave, Doneau ne méconnait-il pas le caractère essentiellement subsidiaire de l'action *de dolo*? Ainsi par amour d'une vaine symétrie, pour qu'il ne soit pas dit que l'auteur du *factum* ne puisse pas, aussi bien que l'auteur de la dation, opter entre deux actions différentes, Doneau arrive non-seulement à lire dans le texte ce que le texte même refute, mais à violer un principe élémentaire.

Cujas, en cela mieux avisé que Noodt et Doneau, accepte le texte de Paul tel que Justinien nous le donne. Mais voulant à toute force y voir l'expression de la doctrine universelle et le dernier mot de la jurisprudence romaine sur la matière, il est conduit, comme nous le verrons bientôt, à torturer toutes les décisions qui paraissent contraires. Il ne respecte donc notre texte que pour en dénaturer d'autres.

L'erreur de ces trois grands interprètes et de beaucoup d'autres a été de vouloir introduire bon gré malgré la raison dans tous les textes, et établir entre tous les jurisconsultes une unité de vue, une harmonie qui assurément n'existaient pas en notre matière. Pour qui tient compte de la manière même dont s'est formée la théorie des contrats innommés, œuvre de réaction lente contre l'ancien droit, pour qui n'oublie pas que l'action *præscriptis verbis* ne conquit son plein domaine qu'après une série de tâtonnements, et nonobstant de

longues et puissantes résistances, les divergences des jurisconsultes cités au Digeste ne présentent en elles-mêmes rien d'étonnant. Ce qui peut étonner, c'est l'incurie des commissaires de Justinien introduisant pêle-mêle dans leur œuvre des textes contradictoires, au lieu de choisir ceux-là seuls qui exprimaient la doctrine définitive du droit romain, ou de corriger, comme ils en avaient reçu le pouvoir, ceux qui s'écartaient de cette doctrine. Nos anciens auteurs, trop dominés par l'affirmation de Justinien, qui déclare son œuvre absolument exempte d'antinomies, ont eu le tort de s'acharner systématiquement à poursuivre des conciliations impossibles et sans profit pour la science, au lieu de prendre les textes tels qu'ils sont, de les expliquer historiquement, et d'essayer, à la lumière même qui jaillit de leurs contradictions, de deviner l'ordre dans lequel s'est développée et constituée la doctrine romaine sur les contrats innommés.

Ces observations vous disent suffisamment que je prends le texte de Paul, quelques contradictions qu'il rencontre d'ailleurs, comme étant l'expression claire et complète de la pensée de son auteur. Ce point de départ me paraît d'autant plus acceptable, d'autant plus imposé, que la doctrine de Paul se retrouve dans deux autres textes, l'un antérieur, l'autre postérieur (L. 16, § 1, h. t. — L. 4, C. de dol. mal, II, 21). Il ne l'avait donc pas créée et elle ne mourut pas avec lui. Reste dès lors à examiner deux questions : 1° cette doctrine peut-elle se justifier ou au moins s'expliquer ? 2° Nous donne-t-elle bien le dernier mot de la jurisprudence Romaine ?

Première question. — Est-il possible de justifier ou

d'expliquer la doctrine de Paul sur l'hypothèse *facio ut des* ?

Paul a admis, comme chose incontestable et incontestée, que la dation en vue d'obtenir un *factum* constitue un contrat et engendre l'action *præscriptis verbis*. Pourquoi cela? Parce que cette hypothèse présente une analogie assez frapppante avec la *locatio operarum*. Celui qui donne ressemble au *conductor* qui paie la *merces;* celui qui doit faire ressemble au *locator* qui met son travail au service d'autrui. Or l'objection qu'on adresse à la doctrine de notre § 3 est celle-ci : Est-ce que le *factum* accompli en vue d'obtenir une dation ne présente pas la même ressemblance avec la *locatio operarum*, une ressemblance égale en droit, et, si c'est possible, plus forte en fait? Dans la pratique ordinaire du louage, en effet, le paiement de la *merces* précède rarement la prestation des *operæ*, il la suit plutôt. Or le *negotium do ut facias* ressemble à un louage dans lequel la *merces* serait payée d'avance. Le *negotium facio ut des* ressemble, au contraire, à un louage dans lequel les *operæ* seraient fournies d'abord et la *merces* payée ensuite, ce qui constitue, je le répète, la pratique la plus ordinaire. Donc il y avait un motif au moins également concluant pour élever le *negotium facio ut des* au rang de contrat. Ces idées qui nous paraissent si claires, si décisives, auraient-elles échappé à la sagacité du jurisconsulte? Cela n'est guère croyable. Mais alors comment se fait-il qu'il présente sa doctrine sous forme d'affirmation brève, presque tranchante, sans daigner même énoncer le moindre motif? C'est donc qu'elle lui paraît porter avec elle le caractère d'une parfaite évidence.

Voici, d'après mes conjectures personnelles, le motif possible de sa décision : Je vous ai dit et démontré que, pour qu'il y ait louage, il faut absolument dans les idées Romaines qu'une chose matérielle ait été ou doive être mise par l'une des parties entre les mains de l'autre, afin que celle-ci en jouisse ou effectue sur elle un travail. Eh bien ! dans l'hypothèse *do ut facias*, l'auteur de la dation a fourni sa chose, il l'a mise entre les mains de l'autre partie, il lui en a même taansféré la propriété. Là est l'analogie avec le louage. Au contraire, dans l'hypothèse *facio ut des*, l'auteur du *factum* n'a mis aucune chose, aucun *corpus* entre les mains de l'autre partie. Donc pas d'analogie avec le louage (1). Si tel est le motif de Paul, ce que son laconisme ne me permet pas d'affirmer absolument, ce motif est-il sérieux? est-il rationnel? non. Et en effet, la formation du contrat de louage n'implique pas, comme condition nécessaire, que la chose ait été remise et livrée ; il suffit qu'elle doive l'être, puisque le contrat est consensuel. Or, quand j'ai exécuté un fait pour obtenir un transport de propriété, rien encore ne m'a été remis ; mais si mon *factum* était considéré comme une cause suffisante d'obligation, vous devriez me livrer la chose. Ce contact avec la chose d'autrui que comporte le louage existerait donc dès à présent

(1) On pourrait contre mon explication de la décision de Paul argumenter de la loi 16, § 1, h. t. Pomponius, prévoyant une espèce qui rentre dans le *negotium facio ut des* et dans laquelle l'une des parties est précisément mise en contact avec la chose de l'autre, donne néanmoins l'action *de dolo*. Cela tient à ce que l'analogie avec le louage manque pour une autre raison, la convention étant purement gratuite, et à ce que sans doute le jurisconsulte n'aperçoit pas de similitude même lointaine entre son hypothèse et un autre contrat nommé quelconque.

en puissance, sinon en réalité. Ainsi une bonne analyse nous conduit ici encore à admettre l'analogie avec le louage.

Quelle que soit, du reste, au point de vue historique, la valeur de cette conjecture tout à fait insuffisante comme explication rationelle, ce qui est certain, c'est que Paul refuse l'action *præscriptis verbis* et la remplace par l'action *de dolo*. Mais comment comprendre cette action qui suppose toujours un dol bien caractérisé? Le raisonnement du jurisconsulte est celui-ci sans doute : l'homme qui me détermine à faire quelque chose en vue d'une dation que j'attends de lui commet un dol évident, si dès le principe il se propose de ne pas exécuter la convention ou se sait dans l'impuissance de l'exécuter. Que s'il a été de bonne foi d'abord, et que plus tard, pouvant faire la dation, il ne veuille plus la faire, il commet aujourd'hui le dol dont il a été exempt dans le principe. Si enfin l'exécution est devenue impossible sans son fait, si par exemple l'esclave qu'il devait me donner périt fortuitement, le dol peut se comprendre encore ; il consiste à garder le bénéfice du fait accompli. Mais en supposant ce bénéfice inappréciable en argent, il devient difficile de parler de dol ; et pour ce cas sans doute, Paul devait ou refuser toute action, on ne donner qu'une action *in factum* subsidiaire de celle de dol.

Deuxième question. — La doctrine de Paul a-t-elle prévalu dans le dernier état du droit romain ?

Dans mon opinion, cette doctrine a été définitivement repoussée par Justinien, c'est ce que je vous démontrerai dans ma prochaine conférence. Mais elle était encore généralement acceptée du temps de Paul,

comme nous allons nous en convaincre par l'analyse de la loi 15 de notre titre. Ce texte appartient à Ulpien, contemporain de Paul.

L. 15 (Ulpianus, lib. XLII, ad Sabinum). Solent qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur; quæ res non facit eos fures. Solent etiam mercedem hujus rei accipere et sic indicare; nec videtur illicitum esse hoc quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem. Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquid; ergo civilis actio oriri potest, id est præscriptis verbis, nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.

C'est l'ordinaire que ceux qui savent que des esclaves fugitifs sont cachés quelque part dénoncent aux maîtres le lieu de leur retraite; et en cela ils ne deviennent pas des voleurs. C'est leur habitude aussi de recevoir le salaire de ce service et de ne faire la dénonciation que sous cette condition. Et on ne les considère pas comme recevant en vertu d'une cause illicite. C'est pourquoi celui qui a reçu, ayant reçu en vertu d'une cause, et d'une cause qui n'a rien de honteux, n'a pas à redouter une condiction. Que si rien n'a été payé, mais s'il y a eu convention portant que la dénonciation suivie de la saisie du fugitif serait récompensée par la dation d'une chose déterminée, voyons si le dénonciateur peut agir. Et à coup sûr il n'y a pas là une convention nue, il n'y a donc pas lieu d'opposer cette règle qu'une action ne saurait naître d'un pacte. Mais cette convention renferme une opération juridique. Donc l'action civile, c'est-à-dire l'action *præscriptis verbis*, peut naître, à moins que dans cette espèce on ne prétende que l'action de dol compète aussi, lorsqu'il y a quelque dol à imputer au défendeur.

Deux hypothèses sont prévues par Ulpien. La première ne nous arrêtera pas longtemps : elle est simple en elle-même et étrangère à notre sujet.

Instruit du lieu où s'est caché votre esclave fugitif, je vous demande une somme d'argent pour vous révéler sa retraite. Vous me donnez la somme convenue, je vous fais la révélation. Ici la question ne saurait s'élever de savoir si j'ai action contre vous, puisque j'ai reçu tout ce que j'avais à attendre en suite de la convention. Mais on pouvait se demander si je n'avais pas reçu *ex causa turpi,* et si en conséquence, et attendu d'ail-

leurs que la *turpitudo* n'existait pas de votre côté, vous n'auriez pas contre moi une *condictio ob turpem causam* pour me réclamer la restitution de vos deniers (1). Le jurisconsulte décide négativement; car en vous dénonçant la retraite de votre esclave, je vous rends un service très-réel, un service que je ne suis pas légalement tenu de vous rendre; de sorte que l'on ne saurait m'imputer d'avoir reçu le salaire honteux d'un devoir à accomplir. Vous remarquerez que pour donner au texte un sens complètement raisonnable, il est nécessaire de déplacer les mots : *quæ res non facit eos fures*. Je les transporterai donc après ceux-ci : *et sic indicare*. Placé comme il l'est, ce membre de phrase signifierait que la simple dénonciation, même gratuite, du lieu de retraite d'un esclave fugitif ne constitue pas un *furtum*, ce qui est par trop évident. Au contraire, par la transposition que je vous indique, il prend un sens utile et signifie qu'il n'y a pas *furtum* à se faire payer cette dénonciation. Les esprits subtils eussent pu hésiter, en effet, et raisonner ainsi : l'esclave fugitif est considéré comme volant sa propre personne à son maître. Or, celui qui connaît sa retraite et la révèle au prix d'un salaire ne fait cesser le *furtum* qu'en devenant lui-même voleur; car il tire sciemment un profit du *furtum* commis par l'esclave, et par là même il s'y associe. Ulpien repousse ce raisonnement. Il n'y a ici nulle fraude, puisque la loi ne fait à personne une obligation de dénoncer ni le *furtum*, ni l'endroit où la

(1) Quand il y a *turpitudo accipientis*, la *condictio* reste possible *etiamsi res secuta sit*, c'est-à-dire encore que la convention ait été ponctuellement exécutée par l'*accipiens* (L. 1, § 2, de condict. ob turp. vel inj. caus. XII, 5).

chose volée a été déposée ou cachée. De plus, l'argent donné au révélateur n'a évidemment pas été l'objet d'une *contrectatio invito domino.* Ce sont là deux motifs péremptoires pour écarter l'idée d'un *furtum.* La série des idées d'Ulpien est donc celle-ci : recevoir un salaire comme prix de cette dénonciation ne constitue pas un *furtum.* On ne peut pas non plus soutenir que la numération des espèces ait été reçue en vertu d'une cause honteuse. Donc il n'y aura lieu de les répéter ni par voie de *condictio furtiva,* ni par voie de *condictio ob turpem causam.*

Passons à la seconde hypothèse prévue par le jurisconsulte : j'ai fait la dénonciation. Mais il avait été préalablement convenu que, si cette dénonciation aboutissait à vous faire recouvrer votre esclave, vous me donneriez telle somme d'argent ou telle autre chose. Vous avez recouvré votre esclave, et vous ne me donnez rien. Puis-je agir contre vous? Telle est la question posée. Le débat ne porte donc pas seulement ici sur la nature de l'action à donner : il ne s'agite pas entre jurisconsultes tous d'accord sur l'existence d'un contrat et partagés seulement sur le mode de sanction qu'il comporte. La vraie difficulté, dans l'espèce, consiste à savoir s'il faut admettre un contrat, par suite une action, ou si au contraire nous sommes en présence d'une convention nue : ce qui le prouve bien, c'est qu'avant de poser sa solution, le jurisconsulte insiste particulièrement sur cette idée que la convention n'est pas nue et que par conséquent l'on ne saurait invoquer ici la règle *ex pacto actio non oritur.* Il y avait donc des jurisconsultes qui voulaient appliquer cette règle dans notre hypothèse. Pour Ulpien, au contraire, une

convention cesse d'être nue par cela seul que d'un côté elle a été suivie d'exécution, et quelle que soit la nature des actes d'exécution. C'est pourquoi, dans l'espèce, il proclame l'existence d'un *negotium*, d'une opération juridique créatrice d'obligation. Le caractère de ce *negotium* est bien évident. J'ai accompli un fait pour obtenir une dation. Nous savons que Paul n'admettrait ici qu'une action *de dolo*. Que décide Ulpien? *Civilis actio oriri potest, id est præscriptis verbis*. Il importe de bien comprendre que, quoique Ulpien statue en vue d'une espèce particulière, la nature même du motif qui détermine sa décision la rend applicable à toutes les hypothèses rentrant dans la classe *facio ut des*. Car, partout où un fait sera accompli en vertu d'une convention, on pourra dire avec même raison : *conventio non est nuda*. Je dirai même que très-souvent la nature propre du fait devra écarter le doute qui pouvait exister dans l'espèce de notre loi 15. Je m'explique : Si le fait accompli est, par exemple, un affranchissement, une acceptilation, en un mot un fait présentant par lui-même une valeur juridique, il paraît tout simple que la convention en vertu de laquelle il a été accompli soit désormais investie d'action. Et c'est ce que Mauricianus avait parfaitement compris avant Ulpien (L. 7, § 2, de pact.). Si le fait accompli consiste en une tradition non translative de propriété, comme cette tradition engendre une action en revendication pour le *tradens* et par conséquent présente encore une certaine valeur juridique, on comprend à merveille aussi la transformation de la convention en contrat. Et cela n'avait pas échappé à Gaius (L. 22, h. t.). Dans ces deux hypothèses, la

convention cesse d'être nue, parce qu'elle s'ajoute désormais à un fait productif de conséquences juridiques, donc capable de lui imprimer la force qu'elle n'avait pas par elle-même. Au contraire, dans l'espèce de notre loi 15, le fait accompli est de ceux qui n'ont par eux-mêmes aucune valeur : Je vous dénonce la retraite de votre esclave fugitif. Il ne peut résulter de là aucune espèce de droit, aucune action. Si donc la dénonciation est faite en exécution d'une convention portant que vous me paierez telle somme, on comprend très-bien l'hésitation et la répugnance des jurisconsultes à donner une action : Est-ce que la convention ajoutée à un fait sans valeur juridique, impuissant à créer ou éteindre aucun droit, ne reste pas nue? La garantir par une action, ne serait-ce donc pas en réalité faire naître l'action directement du pacte lui-même? Si Ulpien, cependant, ne s'arrrête pas à cette objection fort sérieuse, j'ai eu raison de reconnaître à sa décision la portée la plus générale. Et je suis autorisé à affirmer qu'il consomme ici le dernier progrès du droit Romain en notre matière, qu'il couronne la théorie ébauchée par Labéon en rangeant sans distinction parmi les contrats innommés tous les *negotia facio ut des.*

Revenons au texte d'Ulpien. Si dans l'hypothèse prévue il n'hésite pas nier que la convention soit nue, s'il donne l'action *præscriptis verbis* à l'auteur du *factum,* si c'est là enfin sa doctrine personnelle bien arrêtée et bien nette, il est difficile de ne pas croire que cette doctrine, au moins dans sa généralité, fut encore étrangère à la grande majorité des jurisconsultes et étrangère à la pratique. La comparaison de son langage avec celui

de Paul autorise bien cette conjecture ; Paul affirme et ne motive pas, Ulpien énonce soigneusement sont motif et formule sa décision avec quelque timidité : *civilis actio oriri potest*. Puis, ce qui est plus significatif encore, il ajoute ce membre de phrase restrictif : *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*. Non pas sans doute qu'il entende, ainsi que le prétend Cujas, rétracter par là l'opinion qu'il vient d'exprimer. Une pareille explication tombe d'elle-même, et Cujas ne l'imagine que parce qu'il veut à tout prix trouver dans le texte de Paul la doctrine constante et incontestée du droit romain. Voici, selon moi, la pensée d'Ulpien : Il sait bien que d'autres jurisconsultes ne considèrent pas le *negotium facio ut des* comme un contrat et en conséquence ne donnent que l'action *de dolo*. Personnellement il repousse ce point de vue, et l'action *de dolo* lui paraît absolument inadmissible toutes les fois que l'inexécution de la dation ne résulte pas d'un dol bien caractérisé. Que si ce dol existe, il croit encore à l'inutilité de l'action *de dolo*, mais il ne la déclare plus inadmissible, et cela par application d'un principe que lui-même pose et développe ailleure (L. 7 § 3, de dol. mal. IV, 3) : c'est que l'action *de dolo* se donne non seulement lorsque toute autre action fait défaut, mais même lorsqu'il y a doute sur l'existence d'une autre action. Disons donc qu'au lieu de se rétracter, il fait ici à ses adversaires une concession conforme à un principe certain ; mais la nécessité même de cette concession nous prouve que la doctrine de Paul dominait encore.

Au surplus, si vous vous rappelez bien qu'entre l'époque ancienne où les contrats innommés étaient abso-

lument inconnus et l'époque récente où ils furent pleinement admis, il y eut une période de transition dans laquelle l'action *de dolo* était ouverte à celui qui avait fait *ob rem*, quelquefois à celui qui ayant donné *ob rem* ne pouvait plus répéter; si d'autre part vous avez bien compris les difficultés spéciales qui s'opposaient à l'admission du contrat *facio ut des*, le texte de Paul vous paraîtra moins bizarre. Et vous ne vous étonnerez pas si, moins d'un siècle après ce jurisconsulte, sa doctrine trouve encore un écho dans un rescrit impérial qu'il faut considérer comme une simple distraction ou comme la protestation toute personnelle d'un rédacteur arriéré. (L. 4, C. de dol. mal. II, 21).

12e CONFÉRENCE.

Dans notre dernière réunion, je vous ai présenté le commentaire du § 3 de notre loi 5. Prenant pour point de départ l'authenticité incontestable de ce texte, je vous ai montré qu'il n'est pas isolé dans la compilation de Justinien, que sa doctrine était avant Paul celle de Pomponius, et qu'elle fut reproduite encore dans un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien; j'ai essayé de vous faire comprendre quelles raisons, selon moi, assez faibles, empêchèrent longtemps l'admission de l'action *præscriptis verbis* dans le *negotium facio ut des*. Vous avez vu aussi, par l'analyse de la loi 15 de notre titre, qu'Ulpien, contemporain de Paul, rompt avec la doctrine encore régnante dans la pratique. Vous êtes déjà convaincus, je l'espère, qu'elle ne devait pas prévaloir; il me reste à vous démontrer qu'effectivement elle n'a pas prévalu. Cette démonstration va résulter avec une pleine évidence de l'analyse de trois textes. Le premier est un rescrit de l'empereur Alexandre Sévère formant au Code la loi 6, *de transactionibus*. (II, 4).

L. 6, de trans. (Imp, Alexander, A. Pomponiis). Quum mota inofficiosi querela matrem vestram cum diversa parte transegisse ita, ut partem bonorum susciperet et a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes exstitistis, juris ratio non sinit.

Puisque, comme vous le prétendez, votre mère, après avoir intenté la *querela inofficiosi*, a transigé avec la partie adverse à cette condition qu'elle recevrait une portion des biens et renoncerait à son action, le principes du droit ne vous permettent pas à vous, héritiers de votre mère, de reprendre le procès abandonné par elle. Mais si le

Verum si fides placitis præstita non est, in id quod interest diversam partem recte convenietis; aut enim, si stipulatio conventioni subjecta est, ex stipulatu actio competit, aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.

pacte n'a pas été observé de bonne foi, vous poursuivrez valablement la partie adverse, à l'effet d'obtenir des dommages-intérêts. De deux choses l'une, en effet : ou la convention a été suivie d'une stipulation, et alors l'action *ex stipulatu* vous compète, ou bien il n'y a pas eu de stipulation, et alors l'action qui indique dans une *præscriptio* le fait accompli doit vous être donnée cumme action utile.

Précisons avec soin l'espèce prévue et la question sur laquelle les empereurs étaient consultés.

Une femme qui se plaignait d'avoir été injustement exhérédée par son père ou omise par un ascendant maternel, avait intenté la *querela inofficiosi testamenti.* Puis dans le cours du procès, elle avait transigé avec l'institué sous la condition que celui-ci lui délaisserait une partie de la succession. Elle s'était donc désistée du procès, ensuite elle était morte sans avoir de son côté reçu l'exécution de la convention. Les héritiérs, dans l'espèce ses enfants, pouvaient-ils reprendre la *querela* abandonnée par leur mère? Telle est bien la question posée à l'empereur, puisque c'est sur ce point que le rescrit s'explique d'abord. Cette question suppose, ou bien elle serait inconcevable, que la défunte elle-même pouvait reprendre la *querela*, qu'en conséquence la transaction n'avait pas éteint sa prétention *ipso jure ;* en d'autres termes, la demanderesse ne s'était désistée de son action que par un simple pacte *de non petendo*. C'est une circonstance essentielle à relever dans l'hypothèse ; et le texte, sans la formuler expressément, la fait assez bien ressortir par l'emploi de ces mots : *placitis, conventioni.* Que maintenant la *querela inofficiosi* ne s'éteigne pas par un simple pacte, je l'ai affirmé; et

c'est ce qu'établit un texte formel d'Ulpien, où nous voyons que, lorsque l'institué néglige d'exécuter la transaction ainsi conclue sur la *querela*, le *querelans* est admis à reprendre son action (1). Donc les héritiers de la défunte qui a transigé demandent si cette *querela* que leur mère encore vivante exercerait valablement leur appartient à eux-mêmes. L'empereur Alexandre Sévère décide négativement. Pourquoi cela? par une évidente application des principes sur l'extinction de la *querela*. Cette action ne se transmet activement qu'autant que celui en la personne de qui elle est née meurt, l'instance déjà pendante ou du moins se préparant à agir (L. 6, § 2, de inoff. test. v, 2).

Or, il est bien évident que d'avoir intenté la *querela* et d'y avoir ensuite renoncé, c'est même chose, en ce qui concerne la transmissibilité de l'action, que de ne l'avoir jamais exercée (L. 15, § 1, de inoff. test.) La conséquence forcée de ces principes, c'est l'extinction *ipso jure* de la *querela* par le décès de la femme qui a transigé. Faudra-t-il donc que ce décès, anéantissant le droit de ses héritiers, couvre d'une protection légale la fraude de la partie adverse qui ne veut pas satisfaire à la convention? Non. Une action leur compétera toujours. Mais quelle action? L'empereur distingue : ou la défunte avait stipulé l'avantage que la transaction devait lui procurer, ou au contraire elle avait négligé de le stipuler. Dans la première hypothèse, l'action *ex stipulatu* compète à ses héritiers. La défunte elle-même n'aurait pas eu d'autre action, elle n'aurait pas pu re-

(1) L. 27, pr. de inoff. test. (v, 2) : Si instituta de inofficioso testamento accusatione de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni præstatur, inofficiosi causam integram esse placuit.

prendre la *querela ;* en effet, c'est seulement lorsqu'aucune action n'est née de la transaction qu'il est permis à celui qui, même par simple pacte, a abandonné son ancienne action de revenir sur son désistement, sans craindre d'échouer contre une exception (1). Donc, nulle difficulté sur cette première hypothèse. Si nous supposons qu'à l'inverse la défunte n'a rien stipulé, que de même qu'elle s'était bornée à abdiquer sa prétention par simple pacte, de même aussi la partie adverse ne s'était obligée envers elle que par simple pacte, l'empereur Alexandre Sévère déclare qu'il y a ouverture à l'action *præscriptis verbis* au profit de ses héritiers. Comment expliquer cette décision ? L'Empereur ne méconnait-il pas le principe : *Ex pacto actio non nascitur ?* Et n'est-il pas contradictoire d'accorder aux héritiers une action qui, incontestablement, ne compétait pas à leur auteur ? Voici, à mon sens, le motif de cette décision que je crois parfaitement logique. Sans doute, la transaction n'avait fait naître immédiatement aucune action nouvelle, puisqu'elle ne se composait que de deux pactes, un pacte de remise et un pacte portant obligation. Mais la défunte est restée strictement fidèle à son pacte *de non petendo.* Si elle n'a pas repris son action, ce n'est pas incurie de sa part ; c'est qu'elle voulait exécuter la transaction, c'est qu'elle comptait sûr une exécution réciproque. Tant qu'elle vivait, cette fidélité au pacte, cette abstention ne pouvait pas à coup sûr être considérée comme un *factum* suffisant pour engendrer un contrat innommé, cela parce que cette abstention n'avait rien de définitif, ce

(1) C'est ce qui résulte d'un texte de Scévola (L. 122, § 5, de verb. oblig. XLV, 1).

pacte rien d'irrévocable. Mais en mourant elle a emporté avec elle son action *de inofficioso testamento*. L'héritier institué se trouve désormais *ipso jure* à l'abri de l'ancienne poursuite. Il est donc très-exact de dire que la mort de la *querelans* a complété l'effet du pacte *de non petendo*, que cette mort survenant après une transaction que pour sa part elle a exécuté avec une fidélité continue et volontaire, équivaut à une acceptilation *ob rem*, par conséquent change en un contrat innommé la convention jusque-là demeurée nue (1). De là l'action *præscriptis verbis*. Ce qu'il importe maintenant de bien noter, et ceci nous ramène à la théorie générale du *negotium facio ut des*, c'est que l'hypothèse de notre texte rentre manifestement dans ce *negotium*. La défunte n'a rien donné, elle a seulement renoncé à son action et s'est en effet abstenue de l'intenter. D'autre part, l'institué, seul propriétaire de la succession, devait lui donner une portion déterminée des objets héréditaires. C'est donc bien la doctrine d'Ulpien qui prévaut dans ce rescrit postérieur de deux années seulement à la mort de ce jurisconsulte, et rendu, ce qui est plus remarquable encore, pendant que Paul remplissait les fonctions de préfet du prétoire. Il est manifeste par là que, parmi les jurisconsultes composant le Conseil d'Alexandre Sévère, et auxquels ce prince soumettait, au rapport d'un chroniqueur (2), tous ses projets de constitution, la majorité, sinon tous, s'étaient ralliés à la doctrine professée par Ulpien dans la loi 15 de notre titre.

(1) Le résultat serait évidemment le même, nonobstant la survie du *querelans*, une fois expiré le délai de cinq ans donné pour exercer la *querela*.
(2) Voir Lampridius (Alex. 16).

Le rescrit d'Alexandre Sévère provoque deux observations fort simples :

1° Il concourt à établir, ce qui n'est pas douteux, qu'une abstention, tout aussi bien qu'un acte positif, fait naître les contrats *facio ut des* et *facio ut facias*. Il prouve surtout à merveille, et c'est un point plus essentiel, que l'acte ou l'abstention ne forment le contrat qu'autant qu'ils offrent un caractère certain d'irrévocabilité.

2° Si l'action *præscriptis verbis* est qualifiée *utilis* dans notre texte, c'est qu'elle n'est pas née immédiatement du désistement de la partie. Il a fallu, en outre, la circonstance postérieure et accidentelle de sa mort. Il n'y a donc pas lieu d'invoquer cette loi pour établir que l'action *præscriptis verbis* constitue par essence et toujours une action *utilis*. Elle serait *directa*, si elle résultait par exemple d'une transaction faite par voie d'acceptilation. Cette action, à l'exemple de toute autre, peut donc être étendue par des considérations d'utilité pratique. C'est tout ce qu'on peut légitimement conclure de ce texte (1).

Le second texte, qui va vous fournir une preuve plus décisive encore du triomphe définitif de la doctrine d'Ulpien, forme la loi 22 de notre titre. Il est tiré d'un ouvrage de Gaius :

L. 22 (Gaius, lib. x, ad edictum provinciale). Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio ; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quod si neque

Si je vous ai donné des vêtements à nettoyer ou à raccomoder, et que vous vous soyez chargé de ce soin gratuitement, il y a contrat de mandat. Si au contraire un salaire a été immédiatement donné ou fixé, il se forme un contrat de louage. Que si enfin votre travail ne doit pas être gratuit, et que

(1) Voir ci-dessus page 63.

gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est præscriptis verbis.

pourtant le salaire ne soit ni payé ni fixé dès l'instant de la convention, mais que nous nous réservions de le fixer plus tard à l'amiable, on admet qu'il y a là une opération juridique non prévue par le droit ancien, et qu'en conséquence il y aura lieu à la délivrance d'une action *in factum*, c'est-à-dire de l'action *præscriptis verbis*.

Trois hypothèses sont prévues dans ce texte. Les deux premières sont d'une telle simplicité que je les laisse de côté. Voici la troisième :

Je remets des vêtements à un *fullo* ou à un *sarcinator* pour les nettoyer ou les raccommoder. Ce travail ne doit pas être gratuit; mais nous ne fixons pas immédiatement la somme à payer. Il est entendu qu'elle sera fixée seulement après l'exécution du travail. Cette convention ne rentre ni dans le mandat, ni dans le louage d'ouvrage, car nous n'y trouvons ni la gratuité essentielle au mandat, ni la détermination précise d'une *merces* essentielle au louage. Comment donc la caractériser? et quelle action donner au *fullo* ou au *sarcinator* pour obtenir le paiement de la *merces*? — Gaius décide qu'il y a là une opération nouvelle, c'est-à-dire étrangère à tous les contrats anciennement admis et dénommés, donnant lieu par conséquent à la délivrance d'une action *in factum*, qui n'est autre, ajoute le texte, que l'action *præscriptis verbis*. Inutile de vous faire observer que cette opération nouvelle appartient bien au *negotium facio ut des* : le *fullo* ou le *sarcinator* a fourni son travail, il a fait quelque chose, maintenant il attend la dation d'un salaire. Voilà l'analyse pure et simple de ce texte qui, non moins que le rescrit d'Alexandre Sévère, contredit directement la doctrine de Paul.

Mais faut-il le considérer comme nous donnant l'expression authentique de la pensée de Gaius? Est-il absolument pur d'interpolation? Je n'hésite pas à croire que les quatre derniers mots, *id est præscriptis verbis*, appartiennent à Tribonien qui, pour éclaircir et préciser la pensée de Gaius, la dénature. En effet, il n'entre guère dans les habitudes des jurisconsultes romains d'employer une expression inexacte ou vague, pour la corriger ou l'expliquer immédiatement par un *c'est-à-dire*. Ils ignorent ce procédé artificiel d'un goût fort douteux, et ils expriment droit et net leur pensée (1). Ce premier indice d'interpolation ne suffirait pas, sans doute, à déterminer ma conviction; mais il se fortifie et prend un caractère d'extrême probabilité, si l'on considère que, dans tout le cours de ses commentaires, Gaius ne nomme pas une fois l'action *præscriptis verbis* : fait étrange, s'il l'eût admise, puisqu'il lui arrive parfois de prévoir des hypothèses dans lesquelles cette action, déjà donnée par nombre de ses contemporains, devait finir par être généralement acceptée. Chose plus étrange encore, il aurait accueilli cette action précisément dans celle des quatre hypothèses où son triomphe fut le plus tardif, dans la seule où Pomponius,

(1) Cette forme *id est* est d'un usage fort commode pour l'interpolation. Sans rien changer à ce que j'appellerai le matériel d'un texte, elle permet souvent d'y ajouter tout ce que l'on veut et par là d'en transformer complètement la substance. Nous avons déjà rencontré (L. 19, § 2, de precar. XLIII, 26.) et nous rencontrerons encore (L. 13, § 1, h. t. — L. 3, § 4, de cond. caus. dat. XII, 4) des textes où l'interpolation, d'ailleurs accusée par les principes, se manifeste, quant à la forme, par le même procédé de suture, quelquefois par l'addition de l'expression entière, *id est præscriptis verbis*. J'inclinerais fort à croire que dans la loi 15 de notre titre ces mots sont également interpolés. Mais là du moins, il n'altèrent en rien la pensée d'Ulpien, ils la développent au contraire très-exactement, puisqu'ils servent de commentaire à l'expression *civilis actio*.

Sabinien éclectique, rallié sur les trois autres hypothèses à la doctrine Proculienne, la repousse encore! Enfin quel contraste entre le langage de notre loi 22 et celui d'Ulpien dans la loi 15 précédemment expliquée! Ulpien présente sa doctrine sur le *negotium facio ut des* comme nouvelle, comme contestable. La loi 22 affirme une doctrine admise de tout le monde, *placet*. Voilà donc Ulpien dépassé en hardiesse par Gaius, lui postérieur d'un demi-siècle, lui le plus novateur des jurisconsultes et qui portait dans la science du droit quelque chose de l'esprit aventureux de la Phénicie, sa patrie (1). Il est visible que c'est Tribonien qui, caché sous le nom de Gaius, pose comme indubitable une doctrine que longtemps après ce jurisconsulte on discutait encore.

Quelle était donc la pensée exacte de Gaius en écrivant le texte qui forme notre loi 22? D'abord il n'élevait pas le moindre doute sur l'existence d'un contrat. C'est ce qui résulte d'un autre texte assurément authentique, car il est tiré d'une œuvre que Justinien n'a pas remaniée. Donc Gaius dans ses commentaires (III, § 143), prévoyant exactement l'hypothèse de notre loi 22, se borne à poser une question qu'il laisse sans réponse : y a-t-il un louage (2)? Cette question implique bien qu'à ses yeux le doute porte exclusivement sur la na-

(1) L. 1. pr. de censib. (L. 15).

(2) Gaius (III, § 143) : « Si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus quanti inter nos convenerit, quæritur an locatio et conductio contrahatur. » Ce texte ne suffirait pas, évidemment, pour nous autoriser à conclure que Gaius n'admettait pas l'action *præscriptis verbis*. Car même en supposant résolue négativement la question de savoir si le contrat prévu rentre dans le louage, Gaius laisse intacte cette autre question : Quelle est l'action qu'il faudrait attacher à ce contrat?

ture et la qualification du contrat. Aussi la loi 22, une fois débarrassée de la mention de l'action *præscriptis verbis*, ne donne-t-elle prise à aucun autre soupçon d'interpolation ; et nous pouvons la considérer comme fournissant la réponse que Gaius a négligé de faire dans ses commentaires, sans doute à cause du caractère élémentaire de l'ouvrage. Quelle est cette réponse? Il n'y a pas de louage, il y a contrat innommé. Quelle action faire découler de ce contrat? Fidèle à la doctrine générale, sinon unanime, de son école, Gaius ne donne qu'une action *in factum* modelée sans doute sur l'action *locati*. Vous voyez combien, par l'addition de ces mots soi-disant explicatifs *id est præscriptis verbis*, Tribonien altère profondément la pensée du texte. Gaius se référait à une action *in factum* dans le sens propre et ordinaire du mot ; et on lui fait désigner une action *in jus* dont la *demonstratio* seule est *in factum*. A coup sûr, il n'eût pas reconnu sa pensée sous ce travestissement.

Au surplus, c'est précisément cette interpolation certaine qui atteste de la manière la plus irréfutable l'échec définitif et de la doctrine arriérée de Paul et de la doctrine déjà plus rationnelle de Gaius. Tribonien et ses aides n'eussent pas corrigé le texte de Gaius pour le mettre en contradiction avec la législation de leur époque. C'est donc en résumé qu'ils reconnaissent au *negotium facio ut des* le caractère de contrat, ce que niait Paul ; et qu'ils en font dériver l'action *præscriptis verbis*, ce que n'admettait pas Gaius.

Un troisième et dernier texte, œuvre de Justinien

lui-même, vient confirmer cette conclusion. Tiré des institutes (§ 1, de locat. et cond. III, 24), il statue sur la même hypothèse que notre loi 22 et correspond au § 143 du troisième commentaire de Gaius. C'est assez vous dire que je me condamnerais à me répéter en vous en présentant l'analyse. Vous remarquerez seulement combien le progrès des idées s'accuse au contraste du langage de Justinien avec celui de Gaius. Où ce jurisconsulte posait une question, Justinien affirme sans hésiter. Au lieu de se demander s'il y a louage, il déclare nettement que les éléments de ce contrat manquent dans l'espèce et qu'il y a lieu à l'action *præscriptis verbis.*

M'arrêterai-je maintenant à vous développer les efforts stériles de Cujas pour échapper à l'objection que son système rencontre dans les trois textes que je viens de vous soumettre? Vous savez déjà, par quelle explication vraiment puérile, voyant dans la doctrine de Paul une doctrine acceptée de tout temps et par tous les jurisconsultes, il essaie d'éluder la difficulté résultant de la loi 15, h. t. (1). Nos trois textes le gênent plus encore, et il se tire d'embarras cette fois par une erreur. Ce n'est pas, dit-il, à l'ordre suivi dans l'exécution qu'il faut s'attacher pour déterminer la nature du *negotium,* c'est à l'ordre indiqué dans la convention. Il importe peu que le fait ait précédé ou ait suivi la dation; il faut voir seulement si dans la pensée des parties il devait la précéder ou la suivre. Ceci posé, il imagine de dire que dans les trois espèces prévues par nos trois textes, la dation devait être accomplie d'abord,

(1) Voir ci-dessus, page 205.

le fait ensuite ; en conséquence, ajoute-t-il, bien que l'ordre inverse ait été suivi dans l'exécution, nous nous trouvons ici en présence de *negotia do ut facias;* et conséquemment, ces textes, en accordant l'action *præscriptis verbis*, ne contredisent pas le § 3 de notre loi 5. A l'appui de son paradoxe, Cujas invoque un texte assez embarrassant (L. 3, § 4, de cond. caus. dat. XII, 4), dont je vous donnerai l'explication sur la loi 6 de notre titre. Qu'il me suffise, pour le moment, de vous faire observer que, pour concilier les textes, Cujas ruine dans sa base la théorie des contrats innommés ; il imagine un contrat *dabo ut facias* à côté du contrat *do ut facias*. La simple convention suffirait donc à créer un contrat innommé ! Ceci nous autorise, sans plus d'examen, à mettre de côté, comme pure fantaisie, tout le système d'interprétation de Cujas.

Il me reste à vous expliquer les décisions contenues dans la dernière phrase du § 2 de notre loi 5 (1). L'espèce en est fort simple : Je vous ai donné Stichus pour que vous affranchissiez Pamphile. Vous avez fait l'affranchissement, puis Stichus vous est enlevé par une éviction. —Avant de nous préoccuper de l'action qu'il faudra donner ici, veuillez bien remarquer que, malgré la place assignée à notre texte, il prévoit très-certainement un *negotium facio ut des*. Celui qui donne la chose d'autrui ne fait pas naître le contrat d'échange, nous dit Paul (L. 1, § 3, de rer. permut. XIX, 4). Pareillement, en donnant la chose d'autrui, on ne saurait former le contrat *do ut facias;* car la dation doit être réelle, et nous n'avons ici qu'une apparence de dation.

(1) Voir ce texte ci-dessus page 144.

Aussi, en supposant l'éviction antérieure à tout affranchissement, vous n'auriez aucun recours contre moi; et nul contrat n'ayant jamais existé, les choses se trouveraient dans le même état que si je ne vous eusse rien livré. Mais dans l'espèce prévue par notre § 2, vous n'êtes évincé qu'après avoir affranchi. Les choses ne sont donc plus entières : vous n'avez exécuté un fait que pour avoir la propriété de l'esclave Stichus, et vous n'avez pas cette propriété. Il est donc nécessaire de vous accorder une action. Mais quelle sera-t-elle?

Paul ne nous donne pas sa décision personnelle. Il constate seulement celle de Julien. Or, Julien aurait distingué si, en me livrant la chose d'autrui, vous saviez n'en être pas propriétaire, ou si vous l'ignoriez. Dans la première hypothèse, il aurait donné l'action *de dolo*; dans la seconde, l'action *in factum civilis*, c'est-à-dire l'action *præscriptis verbis*.

Ulpien (L. 7, § 2 de pact. II, 14) rapporte aussi la décision de Julien sur cette même hypothèse, et il la rapporte tout autrement (1). D'abord, il néglige de constater la différence que faisait ce jurisconsulte entre le cas de dol et le cas de bonne foi. En second lieu, ce n'est pas à l'action *præscriptis verbis* que se serait référé Julien, mais à une véritable action *in factum*.

Où donc dans ce conflit trouver la vérité? Sans nul doute, Julien ne parlait pas de l'action *præscriptis verbis*; et en effet, Mauricianus le critiquait pour avoir donné une action *in factum*, tandis que l'action *præscriptis verbis* suffisait parfaitement. Or, Ulpien rapporte cette critique et s'y associe. A moins donc d'ad-

(1) Voir en note le texte d'Ulpien, ci-dessus, page 55.

mettre que Mauricianus reprenait Julien sans l'avoir lu, ou qu'Ulpien lui-même citait Mauricianus sans avoir jeté les yeux ni sur le texte critiqué ni sur les critiques de l'annotateur, il devient évident que le mot *civilem*, qui termine le § 2 de notre loi 5, n'est qu'une interpolation destinée à mettre la doctrine de Julien en harmonie avec celle de Justinien. Mais la même correction n'était pas possible dans le texte d'Ulpien; elle l'eût rendu absurde.

Quant à la distinction entre le cas de bonne foi et le cas de mauvaise foi, le silence d'Ulpien ne nous autorise pas à croire que Julien ne la proposât pas effectivement. La bonne foi se présumant toujours, les jurisconsultes la supposent par cela même qu'ils n'expriment pas le contraire. De plus, le silence d'Ulpien s'explique assez naturellement, s'il est vrai que lui-même croyait l'action *de dolo* admissible en cas de mauvaise foi (L. 15, in fine, h. t.). Des deux décisions de Julien, il relate donc seulement celle qui lui paraît inacceptable. Au surplus, comme certainement dans le droit de Justinien il n'y a plus lieu de faire cette distinction, les compilateurs de Pandectes échappent ici à tout soupçon d'interpolation.

Tenons donc que sur notre hypothèse spéciale la doctrine de Julien peut se résumer ainsi : Celui qui a donné l'esclave d'autrui sera tenu en principe d'une action *in factum;* par exception, lorsqu'il aura été de mauvaise foi, il sera tenu de l'action *de dolo*.

J'incline à penser que cette action *in factum* était une action contractuelle donnée à l'image de quelque action nommée (1). Quant à l'action *de dolo*, comment la motiver? Julien considère probablement que le dol a

(1) On peut soutenir aussi qu'il s'agit d'une simple action *in factum*

fait obstacle à la formation du contrat. Peut-être aussi se détermine-t-il par le caractère subsidiaire que les Sabiniens devaient évidemment reconnaître à ces actions *in factum* qu'ils donnaient au lieu de l'action *præscriptis verbis*. Or, s'il y a eu dol, l'action *de dolo* écarte l'action *in factum*. Si tels sont les motifs de Julien, il est difficile de les approuver : le dol d'une partie contractante ne saurait, d'une part, empêcher la formation du contrat (1); et d'autre part, une action *in factum* contractuelle ne devrait être considérée comme subsidiaire que par rapport aux autres actions contractuelles ; une fois née, il est difficile de comprendre qu'elle s'efface devant l'action *de dolo*.

Pour terminer, observez bien que Paul ne se prononce pas sur la doctrine de Julien. Son silence équivaut-il à une adhésion? peut-être bien ; et alors voilà un cas dérobé à l'application du § 3 de notre loi 5.

Observez aussi que pour Mauricianus il se forme, dans cette hypothèse toute spéciale, un contrat innommé. Mais rien ne prouve qu'il étendît cette doctrine à tous les *negotia facio ut des*.

De ces deux observations ressort la vérité de ce que je vous ai dit précédemment : savoir qu'il ne faut en cette matière ni attribuer à tous les jurisconsultes des vues uniformes, ni se figurer non plus qu'un même jurisconsulte marchât toujours dirigé par un système complet d'idées bien coordonnées. La doctrine se forma petit à petit et pièce par pièce. Le résultat final se dégage

subsidiaire de l'action *de dolo*. S'il en est ainsi, la doctrine de Julien sur cette hypothèse concorderait très-bien avec celle du § 3 de notre loi 5.

(1) Le contrat de la société nous offre sous ce rapport une remarquable exception constatée par la loi 3 § 3, *pro socio* (XVII, 2) : « Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso juræ nullius momenti est. »

avec une parfaite clarté ; les idées grossières du début se laissent entrevoir ; quant aux transitions et aux diverses doctrines individuelles, elles s'accusent çà et là dans quelques traits saillants, mais les détails nous échappent.

13e CONFÉRENCE.

Nous voici arrivés enfin à la dernière des quatre hypothèses annoncées par Paul au début de la loi 5, à l'hypothèse *facio ut facias*. Le paragraphe 4 qui la prévoit et la discute, ne fera naître aucune question vraiment nouvelle pour nous, aucune question d'une importance générale pour notre théorie. Je me renfermerai donc purement dans le commentaire, mais ce commentaire exige une attention d'autant plus sérieuse que le texte ne présente pas une clarté satisfaisante, et que les idées, selon le procédé trop ordinaire de Paul, indiquées plutôt que développées, ne se rattachent pas entr'elles par une liaison assez sensible. C'est donc à dégager cette liaison, réelle pourtant, que nous devons surtout nous appliquer.

§ 4. — Sed si facio ut facias, hæc species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romæ, vel ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem, et ego ædificavi, et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest; quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium præstamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere; possum enim tibi mandare ut et custodiam mihi præstes, et non plus impendas in exigendo quam decem; et si eamdem quantitatem impenderimus, nulla dubitatio est; sin autem aliter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi

Mais si j'exécute un fait pour que vous en exécutiez un autre, cette hypothèse peut être envisagée de diverses manières. Si, en effet, nous sommes convenus que vous feriez payer mon débiteur à Carthage, que je ferais payer le vôtre à Rome, ou bien que je construirais sur votre terrain et vous sur le mien; si de plus j'ai construit et que vous ne construisiez pas, on peut dire que dans la première espèce il est en quelque sorte intervenu un mandat, personne ne pouvant sans mandat faire rentrer la créance d'autrui. Et en effet, bien que cette exécution entraîne des dépenses, il reste vrai que nous nous rendons réciproquement un bon office. Or, à coup sûr, le mandat peut en vertu d'un pacte adjoint dépasser sa portée naturelle; je puis, en effet, vous donner un mandat qui vous oblige

refundamus invicem impensas; neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit et in insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis præscriptis verbis dari actionem; quæ actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.

envers moi à la *custodia*, ou qui limite à une somme de dix la dépense à faire pour opérer le recouvrement. Et si nous avons dépensé l'un et l'autre la même somme, nul doute; que s'il en est autrement, pour que le mandat soit encore réputé intervenu dans cette hypothèse, il faut que nous fassions comme une compensation réciproque de nos dépenses. Car je ne puis pas vous donner un mandat qui vous appauvrisse. Mais il sera plus sûr, soit dans l'hypothèse des maisons à construire, soit dans celle des créances à recouvrer, de donner l'action *præscriptis verbis*, semblable ici à l'action de mandat, de même que précédemment elle ressemblait aux actions résultant du louage et de la vente.

Avant d'aborder l'explication du texte, je dois justifier ma manière d'entendre ces mots de la première phrase: *hæc species tractatus plures recipit.* D'après Cujas, ils signifieraient que le *negotium facio ut facias* comprend des hypothèses multiples. Paul va en citer deux; on en pourrait citer beaucoup d'autres. Cette explication ne me paraît pas rendre la pensée du jurisconsulte; car il est bien évident que chacun des quatre types de conventions analysés dans notre loi 5, embrasse une telle multiplicité d'espèces qu'il serait téméraire de vouloir les dénombrer. Cela n'est pas plus vrai du *negotium facio ut facias* que des trois précédents. Cette observation, d'ailleurs, ne présenterait une utilité sérieuse, une portée scientifique et pratique, qu'autant que Paul s'attacherait ensuite à subdiviser ces espèces multiples du *negotium facio ut facias* en plusieurs groupes soumis á des règles distinctes. Or, c'est ce qu'il ne fait pas. Il va citer deux exemples; et aussitôt, oubliant l'un des deux, il raisonnera exclusivement sur l'autre, preuve évidente qu'il n'entend établir aucune différence entre

les deux espèces prévues ; c'est d'ailleurs ce qui est positivement exprimé dans la dernière phrase du texte ; c'est ce qui ressortira aussi du § 5, où Paul paraît bien généraliser pour tous les *negotia facio ut facias* la conclusion posée sur les deux espèces prévues dans notre § 4. Voici donc, selon moi, la véritable signification du texte : tandis qu'à l'égard des trois *negotia* précédemment expliqués, Paul a présenté sa doctrine, à tort ou à raison, comme incontestable ; tandis qu'un seul point de vue lui paraissait acceptable et même possible, ici au contraire deux doctrines fort différentes lui paraissent également rationnelles selon le point de vue auquel on se place. C'est ce que vous allez bientôt comprendre.

Les deux hypothèses de Paul sont les suivantes : Il a été convenu entre nous que vous toucheriez à Carthage ce qui m'est dû, que je toucherais à Rome ce qui vous est dû à vous-même. Ou encore, il a été convenu que j'élèverais une construction sur votre terrain, et que de votre côté vous construiriez sur le mien. J'ai exécuté, vous n'exécutez pas. Il s'agit de savoir quelle action je puis exercer contre vous. Pour répondre à la question, il importe de déterminer préalablement la nature de la convention intervenue entre nous. Or, on peut voir dans chacune de ces deux opérations deux contrats de mandat, chaque partie jouant à la fois le rôle de mandant et le rôle de mandataire ; on peut y voir aussi un contrat innommé. Dans la première opinion, c'est l'action de mandat qui me compète ; dans la seconde, l'action *præscriptis verbis*. Paul, vous le savez, donne la préférence à cette seconde opinion. Mais il discute assez longuement les raisons qui pourraient appuyer ou combattre la première. Dans l'expo-

sition de ces raisons, c'est toujours à la première des deux hypothèses prévues qu'il s'attache. Vous remarquerez, au surplus, que la question de savoir si l'idée de mandat est admissible ou non présente un intérêt sur lequel le texte garde un complet silence. Cet intérêt consiste en ce que, l'idée de mandat une fois acceptée, chaque partie, même indépendamment de toute exécution, exerçait valablement l'action *mandati*. Si le jurisconsulte se tait sur cette hypothèse d'une complète inexécution de part et d'autre, c'est qu'elle exclut toute possibilité de donner l'action *præscriptis verbis;* c'est qu'elle ne rentre aucunement dans le *tractatus ob rem dati,* seule matière dont il s'occupe ici.

Supposons donc que, conformément à notre convention, j'ai fait payer votre débiteur, mais que vous avez négligé de faire payer le mien. Quelle raison alléguerait-on pour me donner l'action *mandati?* Le texte l'exprime : notre convention a été inspirée par une commune intention de nous rendre mutuellement un bon office. J'ai voulu vous être agréable, vous avez voulu m'être agréable aussi. Or, c'est bien dans un sentiment de cette nature que le contrat de mandat puise son origine. (L. 1, § 4, mandat. XVII, 1). Et, en effet, changez quelque chose à notre hypothèse, et le doute ne se concevra plus. Supposez que vous m'avez simplement prié de faire rentrer votre créance, et que je l'ai fait. A coup sûr, voilà un mandat. Supposez qu'ensuite je vous charge moi-même de toucher ce qui m'est dû, ce sera bien encore un autre mandat. Or, qu'est-ce que notre hypothèse, sinon la réunion de ces deux opérations juridiques en une seule? Serait-il donc raisonnable de prétendre qu'elles changent de carac-

tère, parce qu'elles cessent d'être séparées, parce qu'au lieu de deux conventions successives, il n'en est intervenu qu'une seule plus complexe qui les comprend l'une et l'autre?

Toutefois, une objection s'élève contre ce raisonnement, et c'est cette objection qui finalement décidera Paul à admettre plutôt l'action *præscriptis verbis* que l'action *mandati*. Une règle bien certaine du contrat de mandat, c'est qu'il s'exécute aux frais du mandant, en ce sens que le mandataire doit être remboursé de tous les frais légitimement avancés pour lui pour l'exécution de son mandat. (L. 27, § 4. — L. 36, § 1, mand. XVII, 1. — L. 4, C. mand. IV, 35). Dans notre hypothèse, au contraire, chacun doit recouvrer à ses frais, sans aucune répétition, la créance de l'autre. Sans doute, l'intention des contractants n'est pas du tout que l'un réalise un bénéfice qui se résolve pour l'autre en une perte; leur intention véritable est bien de se rendre un service mutuel. En fait cependant, l'un des deux, cela arrivera presque fatalement, aura déboursé plus que l'autre. L'un gagnera, l'autre perdra. Et c'est pourquoi Paul, n'osant pas affirmer bien catégoriquement que cette convention puisse être réputée mandat, atténue sa formule par le mot *quodammodo*. Ce n'est pas un mandat dans toute la force du terme; ce n'est qu'un contrat fort analogue, mais excédant les bornes ordinaires du mandat. Mais, pourrait-on dire, n'arrive-t-il pas tous les jours que par la vertu d'un pacte adjoint *in continenti*, un contrat produit exceptionnellement des effets qui dépassent sa portée naturelle? A l'égard du mandat spécialement, Paul cite deux clauses très-

usitées qui le poussent au-delà de ses limites ordinaires.

L'une de ces deux clauses est celle-ci : Le mandataire chargé de faire des recouvrements ou d'exécuter une autre opération quelconque ne dépensera pas au delà de dix pour arriver à cette exécution. S'il a dépensé davantage, il ne recouvrera pas l'excédant.

L'autre clause citée par Paul est plus obscure. Je vous ai donné mandat *ut custodiam mihi præstes*. Cujas explique ce pacte par la loi 1, § 12, deposit. (XVI, 3). Ulpien suppose que je vous ai livré une chose pour la remettre à Titius, et, si Titius refusait de la recevoir, pour la garder vous-même. N'êtes-vous tenu envers moi que de l'action *depositi?* Etes-vous tenu, au contraire, de l'action *mandati*? Ulpien préfère cette seconde action, parce que *plenius fuit mandatum habens et custodiæ legem*, c'est-à-dire parce que le mandat emportant responsabilité de toute négligence produit ainsi une obligation plus pleine que celle du dépositaire tenu seulement du dol. J'avoue ne guère comprendre l'explication de Cujas. La décision que je viens de rapporter implique que par une suite directe et naturelle du contrat, le mandataire répond de sa faute légère *in abstracto*, et telle paraît être ailleurs la doctrine d'Ulpien (L. 23, de reg. jur. L, 17), Or, Paul suppose que cette responsabilité n'est imposée au mandataire qu'exceptionnellement par un pacte adjoint. Je serai donc assez porté à croire que d'après Paul le mandat par lui-même n'emportait responsabilité que du dol et de la *culpa lata*. Cette doctrine était certainement celle de Modestin (Collat. leg. mas. Tit. X, cap. 2, § 3). Elle dut être, d'après les principes, la doctrine

générale des anciens jurisconsultes (1), et elle explique très-bien l'apposition du pacte *ut custodiam præstes*. Accurse avait deviné cette interprétation du texte de Paul, mais il ne la motivait pas. Et Cujas qui peut-être ne connaissait pas encore la *collatio*, publiée seulement en l'année 1573, le réfutait facilement par les textes de la compilation de Justinien (L. 13, C. mand. IV, 35). Cette réfutation était elle-même irréfutable dans l'état ancien des documents. Mais le texte de Paul en restait inintelligible. Aujourd'hui nous le comprenons; mais il est visible que Justinien n'aurait pas dû reproduire la mention d'un pacte devenu inutile.

Quoi qu'il en soit de la valeur de cette explication, indifférente en ce qui concerne la marche et le sens général du raisonnement, voici la conclusion que Paul tire des deux pactes cités à titre d'exemples : s'il arrive dans ces deux cas et dans beaucoup d'autres, qu'un pacte adjoint imprime au mandat des effets qui ne découlent pas de la seule nature de ce contrat, pourquoi, dans la convention par laquelle deux personnes se chargent des recouvrements l'une de l'autre, ne verrions-nous pas deux mandats investis d'effets spéciaux ? Cette théorie n'aurait rien d'embarrassant pour le cas où l'un et l'autre ayant exécuté, nous aurions finalement dépensé chacun la même somme.

Alors, en effet, il n'y a de part et d'autre ni bénéfice ni perte. Que si nous avons dépensé des quantités iné-

(1) Elle est, en effet, parfaitement conforme au principe général d'après lequel le débiteur obligé dans l'intérêt exclusif du créancier ne répond que de son dol (L. 108, § 12, de leg. I). Si la doctrine contraire a fini par prévaloir, cela tient peut-être à l'extrême fréquence du pacte dont parle Paul. On était naturellement conduit à appliquer la règle qui sous-entend dans les contrats de bonne foi toutes les clauses d'usage.

gales, la difficulté reparait, l'un de nous perd, et c'est ce que ne comporte pas la nature du mandat. Aussi, de toute nécessité, faut-il, si l'on veut conserver ici cette idée de mandat, supposer que les parties compensent en quelque façon leurs déboursés respectifs ; elles ont estimé d'avance que ces déboursés pouvaient et devaient être égaux. Ce mandat contient donc un pacte fort semblable à celui par lequel on limite à une somme fixe la dépense que le mandataire sera autorisé à faire pour l'exécution de sa mission. La supposition de ce pacte et de cette espèce de compensation est indispensable, parce que le mandat ne s'exécute pas aux frais du mandataire.

De cette série d'idées semble se dégager, comme conclusion, la possibilité d'admettre l'action *mandati* dans les hypothèses de notre § 4. Néanmoins, Paul conseille, comme étant d'un usage plus sûr, l'action *præscriptis verbis*. Et pourquoi ? Parce que, l'une des parties évidemment n'ayant pas exécuté, ainsi que le prouve la nécessité d'une poursuite, il est impossible de savoir si les dépenses à faire de part et d'autre pour arriver à une pleine exécution eussent été égales. Or, c'est seulement dans l'hypothèse de cette égalité des dépenses respectives que l'idée de mandat s'impose sans aucun doute, *nulla dubitatio est*. En supposant les dépenses inégales, Paul incline encore personnellement à traiter l'opération d'après les règles du mandat ; mais ce n'est qu'en forçant un peu les choses. Donc, conclut-il, agissez par l'action *præscriptis verbis*, ce sera plus sûr. En quoi donc ce parti présente-t-il plus de sûreté ? C'est que, si vous exerciez l'action *mandati*, il pourrait arriver que le juge, déterminé par l'objection que Pau

a essayé de réfuter, se refusât à reconnaître dans l'espèce un mandat, et vous succomberiez dans votre action. Cela veut-il dire que votre droit serait épuisé? Non. Vous auriez déduit en justice un droit qui ne vous appartenait pas. Vous auriez demandé *aliud pro alio.* (Gaius IV, § 55). Vous conserveriez donc intacte la faculté d'intenter l'action *præscriptis verbis* (1), mais vous auriez perdu du temps et de l'argent dans une poursuite inutile (2).

Deux observations fort courtes compléteront ce commentaire de notre § 4 : 1° Paul ne donne expressément l'action *præscriptis verbis* qu'à celle des deux parties qui a exécuté la convention, soit en construisant, soit en faisant payer le débiteur de l'autre partie. Mais les mêmes motifs qui recommandent ici l'exercice de cette action comme plus sûre que celle de mandat doivent nous conduire à l'admettre, même après l'exécution réciproque. Pour conserver une des hypothèses de Paul, supposez que j'ai construit sur votre sol, et vous sur le mien. Vous êtes encore nanti de mon immeuble, moi du vôtre. Donc nous sommes obligés à une restitution réciproque. Comment l'obtiendrons-nous? Ce sera encore par l'action *præscriptis verbis*, puisque la nécessité de cette double restitution n'est qu'une conséquence du contrat innommé. Voilà donc une nouvelle

(1) Rapprochez ce qui a été dit ci-dessus sur la loi 1, § 1 page 89.

(2) J'ai conservé le texte de la vulgate : *sin autem aliter fecit.* La florentine porte *alter*, et c'est une leçon adoptée par de très-bons interprètes, notamment par Cujas. Cette phrase se référerait donc à l'hypothèse d'une simple exécution unilatérale. Mais alors comment concevoir la compensation des impenses *réciproques*? Du reste, le texte de la vulgate présente lui-même quelque chose de bizarre. On ne voit pas quel est le sujet de *fecit.* Et peut-être faut-il supprimer ce mot ou le remplacer par *factum.* Quoi qu'il en soit, l'idée ressort assez claire.

hypothèse où le caractère synallagmatique de ces contrats se manifeste avec une pleine évidence par l'existence simultanée de deux obligations réciproques.

2° Il ne faudrait pas conclure de notre texte que le contrat *facio ut facias* ressemble toujours à un double mandat. Quelquefois il ressemblera plutôt à un double commodat ou à une *locatio*. C'est ce qui ressort de la loi 17, § 2, h. t., dont l'espèce est reproduite aux Institutes de Justinien, (§ 2, de locat. et conduct. III, 24).

Cette analogie avec le mandat se retrouve à peine aussi ou du moins n'apparaît que bien faible dans l'espèce posée au début de notre loi : j'ai affranchi votre fils naturel pour que vous affranchissiez le mien. Voilà une hypothèse qui rentre bien dans la classe *facio ut facias*. Or, pourrait-il être ici question de l'action *mandati*? Nullement, car on ne comprend pas que je vous donne un mandat à exécuter sur votre propre chose et sans profit pour moi (1). D'autre part, cette hypothèse s'écarte bien plus encore de tous les autres contrats nommés que du mandat. Donc ceux qui voulaient trouver dans tous les contrats nouveaux l'image nette d'un contrat ancien, ceux surtout qui ne vou-

(1) Ceci n'est pas contredit par la loi 16, mand. (XVII, 1) : Un médecin tenait à Ravenne une maison de santé. Un personnage, nommé Aurélius Quiétus, qui allait y passer quelques mois tous les ans, demande que certains travaux y soient exécutés à ses propres frais et dans l'intérêt de sa santé. Le médecin les exécute. Celsus et Ulpien donnent à ce dernier l'action *mandati* pour recouvrer l'excédant de sa dépense sur la plus value apportée à son fonds par les travaux. Mais l'action *mandati* se justifie ici par l'intérêt évident du mandant. Je n'ai pas besoin de faire observer qu'il ne pouvait être question ici d'une *persecutio extra ordinem*; car le médecin n'est pas devenu créancier par l'exercice direct de son art, et ce ne sont pas des honoraires qu'il réclame.

laient les sanctionner que par une action *in factum* imitée d'une action contractuelle vulgaire, pouvaient se sentir ici fort embarrassés. C'est pourquoi Paul, à propos de cette hypothèse spécialement délicate, embrasse toute la matière du *datum ob rem*, et essaie une classification dont, si je ne me trompe, voici la portée et le but : Je vous ai répété bien souvent que la théorie des contrats innommés s'est formée sans ensemble. Les jurisconsultes allaient cherchant dans chaque hypothèse s'ils n'apercevraient pas quelques éléments de ressemblance avec un contrat nommé. Ils aboutissaient ainsi peut-être à une assez riche collection de décisions de détail, mais ils n'arrivaient pas à un système; ils ne posaient pas nettement et à l'usage de tout le monde un diagnostic sûr et prompt auquel on pût reconnaître la présence d'un contrat innommé. Que fait Paul? Remarquant que, dans toutes les hypothèses où le travail déjà considérable de la jurisprudence avait constaté de tels contrats, on rencontrait infailliblement une convention soutenue d'une dation ou d'un fait, il pose cette conclusion générale que quiconque aura donné ou fait quelque chose en vertu d'une convention aura du même coup fait naître un contrat et acquis l'action *præscriptis verbis*. Il n'y aura plus à se préoccuper de rechercher dans chaque hypothèse spéciale une similitude bien nette avec un contrat nommé. Si Paul n'avait pas soustrait à l'explication du principe toute la catégorie des *negotia facio ut des*, nous pourrions dire que la loi 5 contient la synthèse définitive de notre théorie.

Passons au § 5, où nous allons trouver la solution de l'hypothèse posée au *principium*.

§ 5. Si ergo hæc sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quæstione idem dici potest, et necessario sequitur ut ejus fiat condemnatio quanti interest mea servum habere quem manumisi. An deducendum erit quod libertum habeo? Sed hoc non potest æstimari.

Si donc ces idées sont vraies lorsque de part et d'autre la convention a pour objet un fait, il faut aussi dans l'espèce proposée donner la même décision, et de là cette conséquence nécessaire que j'obtiendrai une condamnation mesurée sur l'intérêt que j'avais à conserver l'esclave que j'ai affranchi. Mais faudra-t-il déduire de cette condamnation l'avantage résultant pour moi de ce que j'ai un affranchi? Non, Car cette avantage n'est pas susceptible d'estimation.

La décision principale du texte n'a pas besoin de commentaire. Elle n'est, comme le remarque Paul, qu'une déduction logique de la doctrine du § 4.

Nous avons vu précédemment que l'action *præscriptis verbis* aboutit d'ordinaire à une condamnation mesurée sur l'intérêt que le demandeur avait à recevoir la prestation qu'il n'obtient pas. Nous avons vu aussi que, lorsque par hasard cet intérêt fait défaut, le créancier, s'il a formé le contrat par une dation, aura du moins la ressource encore suffisante de la *condictio ob rem dati*. C'est la décision de Papinien dans la loi 7 de notre titre (1). Mais dans l'espèce principale de notre loi 5, quand j'ai affranchi mon esclave pour que vous affranchissiez le vôtre, il m'est impossible d'exercer une *condictio* quelconque, puisque je ne vous ai rien donné et que mon fait ne vous a pas enrichi. Il est impossible aussi que l'action *præscriptis verbis* me fasse obtenir une somme calculée sur l'intérêt que j'avais à obtenir l'exécution de votre obligation. Cet intérêt me fait défaut; ou, ce qui revient au même, je ne puis invoquer qu'un intérêt inappréciable en argent. Car l'affranchissement de votre esclave n'aurait pas mis un ses-

(1) Voir ci-dessus page 150.

terce dans mon patrimoine. C'est pourquoi la condamnation sera mesurée sur l'intérêt que j'avais à conserver mon esclave. Je recouvrerai la valeur que j'ai perdue, ni plus ni moins. On peut donc dire, si l'on envisage ici le résultat pratique, que l'action *præscriptis verbis* équivaut pour moi à une *condictio*. Au surplus, le caractère de bonne foi que nous avons reconnu à l'action *præscriptis verbis* ne permet pas que nous nous étonnions, si la diversité des situations entraîne des différences correspondantes dans la mesure de la condamnation (1).

Les derniers mots du texte demandent quelque attention. Au lieu d'un esclave, j'ai un affranchi ; au lieu d'un droit de propriété, j'ai des *jura patronatus*. Le juge ne devra-t-il donc pas déduire du montant de la condamnation la valeur que représentent pour moi les

(1) La décision finale de notre § 5 rencontre une contradiction apparente dans un autre texte de Paul (L. 45, § 2, de act. empt. et vend. XIX, 1.) Une femme esclave a été laissée à Titia par fidéicommis, et Titia doit l'affranchir au bout d'un an. Titia refuse le fidéicommis. Puis l'héritier vend l'*ancilla* sans avertir l'acheteur de l'existence du fidéicommis de liberté. Spontanément, l'acheteur affranchit l'esclave. Celle-ci, instruite du fidéicommis qu'elle avait d'abord ignoré, et usant d'une faculté établie par des constitutions impériales, déclare qu'elle veut avoir pour patron, non pas l'acheteur, mais l'héritier à qui incombait l'obligation de faire l'affranchissement. Alors l'acheteur est admis à exercer l'action *empti*. Si au contraire l'esclave choisit pour patron l'acheteur, celui-ci n'a plus l'action *empti*, parce que, dit Paul, il est dépourvu d'intérêt *quum eam libertam habeat*. Donc, a-t-on conclu, si la qualité de patron acquise à l'acheteur supprime l'action *ex empto*, c'est que les droits attachés à cette qualité sont bien susceptibles d'appréciation. Cette conclusion dépasse évidemment la portée du texte. L'acheteur en cette hypothèse est dépourvu de recours parce que ce n'est pas le fait du vendeur qui le dépouille. Supposons que l'esclave n'eût pas pu invoquer un fideicommis de liberté, l'acheteur l'aurait néanmoins affranchie. Qu'il ne se plaigne donc pas : il a spontanément voulu que l'esclave fût libre. Qu'importe qu'elle eût à son insu le droit de le devenir ?

La même réfutation s'applique à la même objection tirée de la loi 26 *de evictionibus* (XXI, 2).

jura patronatus? Non, décide le jurisconsulte; car ces droits ne comportent pas d'estimation. C'est ce qu'une rapide analyse va vous faire saisir. Les *jura patronatus* comprennent avant tout les droits de tutelle et de succession. Le premier constitue une charge au moins autant qu'un droit, et à coup sûr il ne met rien dans le patrimoine de celui qui l'exerce. Le second se résout pour le moment en une expectative, en un droit éventuel qui peut-être ne se réalisera jamais. Pour ces deux espèces de droits, l'impossibilité d'une appréciation pécuniaire saute aux yeux. Les *jura patronatus* comprennent encore des *obsequia* ou *officia*, c'est-à-dire le droit à certains égards et à une certaine reconnaissance, droit dont la loi tire des conséquences, telles que l'impossibilité pour l'affranchi de poursuivre son patron sans autorisation du magistrat ou d'obtenir contre lui une condamnation infamante. Tout cela encore ne saurait être évalué.

En dehors des *jura patronatus* proprement dits, par suite d'une stipulation formelle et non plus par l'effet direct de la *manumissio*, un affranchi peut devoir à son patron des *operæ fabriles*, et certainement ces *operæ* comportent une estimation (L. 26, § 12 de condict. ind. XII, 6). Aussi comptent-elles dans le patrimoine du patron qui transmet à ses héritiers le droit de les exiger (L. 6, de oper. libert. XXXVIII, 1). Il n'est pas douteux que Paul écarte ici la considération de ces *operæ*, il suppose qu'elles n'ont pas été promises. Deux raisons le prouvent : c'est d'abord la forme même de cette question : *an deducendum erit quod libertum habeo*? Faut-il tenir compte de ce que j'ai un affranchi? C'est-à-dire, faut-il prendre en considéra-

tion les avantages qui sont la suite immédiate et nécessaire de l'affranchissement, ceux qu'on appelle *jura patronatus?* C'est ensuite la nature même de l'espèce. La convention porte que j'affranchirai mon esclave qui est votre fils, que vous affranchirez votre esclave qui est mon fils. Dans notre silence, ni l'un ni l'autre évidemment nous ne pouvons être présumés avoir voulu que notre fils restât soumis, une fois libre, à des services qui sentiraient encore l'esclavage. Il s'agit donc d'une convention d'affranchissement pur et simple ; et celui de nous qui stipulerait des *operæ* n'exécuterait pas loyalement la convention. Il y aurait lieu d'appliquer cette règle générale que quiconque affranchit un esclave par suite d'une obligation ne stipule pas valablement des *operæ* (L. 13, pr. et § 1, de oper. libert. XXXVIII, 1) (1). Mais supposons cette stipulation autorisée par une clause expresse de la convention : devrons-nous modifier la décision de Paul et admettre la possibilité de diminuer la condamnation ? La question heureusement offre moins d'importance que d'obscurité. Il est impossible de savoir d'avance ce que les services de l'affranchi pourront rapporter. Là est la difficulté. Dira-t-on qu'on peut bien estimer leur valeur locative, comme on le fait lorsqu'il s'agit d'*operæ* indûment fournies comme dus. En effet, dans ce cas la *condictio indebiti* porte sur la somme que le patron aurait pu retirer de la location des *operæ* (L. 26, § 12, de cond. ind. XII, 6). Mais remarquez bien

(1) Il ne faut pas objecter que rien ne me forçait dans notre espèce à affranchir mon esclave. Cela est vrai sans doute. Mais nous avons vu précédemment (page 26) que celui qui forme le contrat innommé est considéré après coup comme ayant acquitté un *debitum*.

qu'en matière de *condictio indebiti* il ne peut être question que d'*operæ* déjà fournies, très-faciles à estimer par conséquent. Dans notre espèce, au contraire, il s'agit d'*operæ* qui n'ont pas encore été fournies : Or, l'obligation de les fournir peut s'éteindre d'un moment á l'autre par la mort de l'affranchi. Peut-on donc leur attribuer dès à présent une valeur locative certaine, et déduire cette valeur de la condamnation? Ce serait exposer le demandeur à perdre la somme déduite sans avoir le profit réel des *operæ*. De deux choses l'une donc : ou il faut déduire la valeur des *operæ ;* mais alors le défendeur doit, sur l'ordre du juge, promettre de me restituer, le cas échéant, la somme que je viendrais à perdre par suite de cette déduction; ou plus simplement il faut ne tenir aucun compte de ces *operæ*, Le défendeur après tout, ne pouvait-il pas affranchir son esclave et échapper ainsi à mon action? Et n'est-ce pas son propre dol ou sa négligence qu'il doit accuser? Je pencherais plutôt pour cette seconde opinion, quoique plus rigoureuse.

14e CONFÉRENCE.

La loi 5, dont nous avons terminé l'explication, partait de cette idée que les contrats innommés ne se forment jamais par le seul consentement. Cette doctrine, confirmée par l'ensemble des textes qui ont passé ou qui passeront sous nos yeux, va rencontrer une objection au moins spécieuse dans la loi 6 à laquelle nous arrivons.

L. 6, (Neratius. Lib. 1, Responsorum). Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi; respondit nullam est venditionem ; sed civili intentione incerti agendum est.

Je vous ai vendu une maison sous cette condition que vous reconstruiriez une autre maison. Le jurisconsulte a répondu que la vente est nulle, mais qu'il y aura lieu d'intenter l'action civile *incerti*.

La convention intervenue est bien simple : Je vous donnerai une maison, et vous reconstruirez ou réparerez une autre maison qui m'appartient. Nous avons qualifié cette convention vente. Nératius, consulté sur la question de savoir comment je puis vous contraindre à la reconstruction, donne deux décisions, la première très-intelligible, très-conforme aux principes, la seconde un peu surprenante.

D'abord la vente est nulle, faute d'un prix consistant en argent, et la qualification impropre que nous avons donnée à notre convention n'en change pas la nature. Pour qu'il y eût vente, il faudrait que l'obligation de reconstruire ma maison ne fût pour vous qu'une charge

accessoire ajoutée à l'obligation principale de payer un prix (L. 6, § 1, de act. empt. et vend. XIX, 1). Donc je ne pourrai pas exercer contre vous l'action *venditi*. Est-ce à dire que la convention va rester destituée de tout effet? Non, répond le jurisconsulte; elle engendrera l'action *præscriptis verbis* que Nératius désigne ici de manière à prouver qu'indubitablement elle avait une *intentio in jus concepta*. Cette seconde décision serait aussi simple que la précédente, si le texte exprimait que la convention eût été exécutée de mon côté. Mais l'énoncé des faits reste muet sur cette circonstance. Faut-il donc admettre que Nératius qui vivait à une époque fort reculée, dépassant en hardiesse tous ses contemporains, même tous ses successeurs, aurait muni d'action une convention encore nue? Cela n'est guère croyable. En effet, c'est Ariston, contemporain et probablement ami de Nératius (1), qui, comme vous l'avez vu, paraît avoir le premier posé bien catégoriquement la doctrine nouvelle du contrat innommé, et cela seulement pour les hypothèses *do ut des*, *do ut facias*. Nous savons qu'il n'assimilait pas le *factum* à la *dation*. Or, si Nératius, bien plus hardi, avait entendu consacrer la simple convention de faire en vue d'obtenir un fait, car tel serait le caractère de celle que prévoit notre texte, ne serait-il pas étrange qu'aucun des jurisconsultes postérieurs n'eût, à notre connaissance, ni critiqué ni même mentionné cette doctrine? Elle aurait

(1) Nous savons que Trajan consulta ensemble Nératius et Ariston sur une question délicate (L. 5, si a parent. quis manumiss. XXXVII, 12). D'autres textes établissent que ces deux jurisconsultes entretenaient une correspondance sur des questions de droit (L. 19, § 12, locat. XIX. — L. 3, pr. quæres pignor. XX, 3).

dû les frapper pourtant, car Nératius est un des auteurs que les grands jurisconsultes du IIIe siècle prennent la peine de citer et au besoin de combattre. Comment Ulpien surtout, qui fait allusion à notre texte, Ulpien qui invoque, assez inutilement peut-être, l'autorité de Nératius, pour établir la nullité incontestable d'une vente consentie moyennant la simple obligation de reconstruire une maison (1), ne citerait-il pas la seconde décision de Nératius, ne fût-ce que pour en signaler l'erreur? Je pense donc qu'il faut expliquer notre loi 6 par la supposition d'une tradition et même d'une translation de propriété de la maison. Alors nous rentrons dans l'hypothèse *do ut facias ;* et la doctrine de Nératius devient pleinement conforme à celle de son contemporain Ariston. Il convient de rapprocher de cette loi un autre texte, qui tout d'abord conduirait aussi à nier que le contrat innommé exigeât nécessairement quelque chose de plus que l'accord des volontés. Il est tiré du commentaire d'Ulpien *ad edictum.*

L. 3, § 4, de cond. caus. dat. (XII, 4), Quinimo et si nihil tibi dedi ut manumitteres, placuerat tamen ut darem, ultro tibi competere actionem quæ ex hoc contractu nascitur, id est condictionem, defuncto quoque eo.	Encore que je ne vous aie rien donné pour obtenir un affranchissement, si pourtant il avait été convenu que je vous donnerais quelque chose, vous pouvez intenter l'action qui résulte de ce contrat, c'est-à-dire la condiction; vous le pouvez, même en supposant l'esclave mort.

Je devais vous donner une certaine somme pour que vous fissiez l'affranchissement d'un esclave. Je ne vous ai rien donné, et vous n'avez pas affranchi. Dans cette

(1) L. 6, § 1, de act. empt. et vend. (XIX, 1) : Si vendidi tibi insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito ut reficias; si autem hoc solum ut reficeres eam convenisset, non intelligitur emptio et venditio facta, ut et Neratius scripsit.

situation, l'esclave meurt fortuitement; vous aurez contre moi une *condictio*. Voilà l'hypothèse, voilà aussi la décision du texte pris à la lettre et dans son sens apparent.

Or, je dis d'abord qu'une *condictio* est tout-à-fait inintelligible dans l'espèce. On peut *condicere* soit une chose donnée, soit le bénéfice procuré par un fait. Mais ici nous n'apercevons ni dation ni fait. Aussi n'hésité-je pas à tenir ces mots *id est condictionem* pour une maladroite addition de quelque copiste qui n'aura pas trouvé Ulpien assez clair. Le jurisconsulte parlait évidemment de l'action *quæ ex hoc contractu nascitur*, c'est-à-dire de l'action *præscriptis verbis*. Mais cette observation lève-t-elle toute difficulté? Non, car il semble bien que nous sommes en présence d'une convention restée de part et d'autre sans exécution. Or, rien de plus simple assurément que la décision mise sur le compte d'Ulpien, si les Romains avaient admis le caractère obligatoire de toute convention conforme aux bonnes mœurs. Dans l'espèce, je serais obligé à vous donner la somme convenue, vous à affranchir l'esclave Stichus. Par application du principe général sur les risques, la mort de Stichus survenant par cas fortuit éteindrait votre obligation sans éteindre la mienne. Mais en droit romain, et très-certainement dans la doctrine d'Ulpien, les simples conventions n'obligent pas. (L. 7, § 4, de pact. II, 14). Si encore, dans l'hypothèse de notre texte, il s'agissait d'un fait qui pût être l'objet d'un louage, nous n'éprouverions pas grand embarras; nous n'aurions qu'à supposer ce que les précédents paragraphes de la loi 3 rendent assez vraisemblable, que la dation convenue doit avoir pour objet de l'argent. Et alors la décision d'Ulpien s'expliquerait

par les règles de la *locatio operarum,* dans laquelle les risques sont à la charge du *conductor,* lorsque le *locator* se trouve sans sa faute empêché d'exécuter son obligation. (L. 38, pr. locat. cond. XIX, 2). Mais cette explication n'est pas admissible en présence de l'hypothèse prévue. Nous savons que Paul cite précisément l'affranchissement d'un esclave comme exemple d'un fait non susceptible d'entrer dans un louage (L. 5, § 2, h. t.).

Très-probablement donc, le texte d'Ulpien suppose que l'esclave n'est mort qu'après avoir acquis la liberté. Son maître, l'affranchissant avant d'avoir rien reçu, n'a pas évidemment exécuté une obligation qui n'existait pas encore; mais il a donné naissance à un contrat *facio ut des,* et alors tout naturellement l'action *præscriptis verbis* lui compète. Elle lui compète, quand même le décès prématuré de l'esclave empêcherait celui qui a voulu obtenir l'affranchissement d'atteindre le but final qu'il se proposait. La loi ne s'occupe pas de ce but : elle ne voit que le but immédiat, et ce but a été atteint par l'affranchissement. Voici donc, si je ne me trompe, la pensée tout entière du jurisconsulte. Dans le § 3 de la même loi, il suppose que j'ai donné quelque chose pour faire affranchir Stichus dans un délai déterminé. Le délai passé, Stichus périt n'ayant pas été affranchi. Je puis répéter ce que j'ai donné, car le propriétaire de l'esclave est en faute (1). Par antithèse à cette hypothèse et à cette décision, Ulpien suppose ensuite dans notre § 4 que Stichus est affranchi et périt avant que

(1) Dans l'espèce, l'action *præscriptis verbis* me compète également, au moins lorsque j'avais un intérêt à obtenir l'affranchissement de Stichus. (Voir ci-dessus l. 7, h. t. page 150).

j'aie rien donné. Ici pareillement une action compète, mais au maître de Stichus et non pas contre lui ; et cette action ne sera plus une *condictio*, ce sera l'action née du contrat, c'est-à-dire l'action *præscriptis verbis* (1). L'antithèse me paraît bien ressortir du premier mot de notre § 4 *Quinimo*.

Au surplus, notre texte, quelque difficulté qu'il suscite, ne saurait infirmer les autres textes si nombreux et si formels qui posent ou appliquent ce principe, que la convention de donner en vue d'obtenir un fait ou une dation n'oblige pas. Les Sabiniens, par leur assimilation de l'échange à la vente, avaient bien essayé d'introduire un contrat *dabo ut des*. Mais leur opinion ne prévalut pas; et on ne voit pas qu'aucune tentative ait été faite pour assimiler d'une manière générale la convention *dabo ut facias* au louage. Il y a donc un contrat *do ut facias*, comme il y a un contrat *do ut des*; il n'y a pas plus de contrat *dabo ut facias* qu'il n'y a de contrat *dabo ut des* (2).

Passons à la loi 8. Car la loi 7 a été expliquée à propos du § 2 de la loi 5. (Voir 8e Conférence, page 150.)

L. 8. (Papinianus. Lib. XXVII quæstionum.) Si dominus servum, quum furti argueretur, quæstionis habendæ causa æstimatum dedis-

Si, un esclave étant accusé de vol, le maître l'a livré avec estimation pour qu'il fût mis à la question, si de plus cet esclave n'a pas été convaincu du

(1) Nous rencontrons ici un *negotium facio ut des*, et l'on a vu que pour Ulpien ce *negotium* présente le caractère de contrat. (Voir ci-dessus pages 202 et 203.)

(2) C'est sur ce texte que Cujas s'est appuyé pour prétendre que le *negotium* se classe non pas d'après l'ordre suivi dans l'exécution, mais d'après l'ordre que la convention indiquait : *Nihil dedi ut manumitteres, placuerat tamen ut darem*. Or, il est évident que ce texte n'indique pas du tout si la dation devait précéder le fait ou le suivre. De plus, la doctrine de Cujas se condamne parce qu'elle aboutit à créer un contrat *dabo ut facias*, c'est-à-dire à reconnaître à un contrat innommé le caractère de contrat consensuel.

set, neque de eo compertum fuisset, et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse, licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset. Potest enim retinere servum, sive dominus pro eo pecuniam elegisset, sive in admisso deprehensus fuisset; tunc enim et datam æstimationem reddi a domino oportere. Sed quæsitum est qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset? Dixi, tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret, præscriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quoties certa lege dari probaretur.

délit et qu'il ne soit pas restitué, le maître est autorisé par là à intenter une action civile, bien qu'il y ait telle circonstance dans laquelle celui qui a reçu la tradition de l'esclave aurait pu le retenir. Ce droit de le retenir existe, en effet, lorsque le maître a choisi l'estimation au lieu de l'esclave, ou lorsque celui-ci est resté convaincu du délit: Dans ce dernier cas, le maître serait même obligé de restituer l'estimation qu'il aurait déjà reçue. Mais on a demandé par quelle action le maître optant pour l'estimation devra la réclamer. J'ai répandu que, quoique l'opération conclue entre les parties n'eût pas été enfermée dans les paroles de la stipulation, si néanmoins la condition du contrat était manifeste, on pouvait ici encore intenter une action, l'action *præscriptis verbis incerti*, et que partout où une dation avait été faite sous une condition déterminée, on ne pouvait pas considérer le pacte comme demeuré nu.

Quand un esclave était accusé d'un délit, c'était un usage assez pratiqué que le maître en transférât la propriété à la partie lésée pour le mettre à la question; mais cette aliénation était accompagnée d'une estimation et d'une stipulation par laquelle l'acquéreur s'engageait à restituer, si la culpabilité n'était pas démontrée, soit l'esclave lui-même, soit l'estimation, au choix du demandeur (1).

Dans l'hypothèse traitée par Papinien, cette stipulation a été omise. Il a été simplement convenu au moment de l'aliénation, que, si la torture n'aboutissait pas à établir la culpabilité, le maître demanderait à son choix la restitution de l'esclave lui-même ou le montant de l'estimation.

D'abord, qu'arriverait-il si l'esclave demeurait con-

(1) L. 13, de quæst. (XLVIII, 18): Certo pretio servum æstimatum in quæstionem dari interposita stipulatione, receptum est.

vaincu du délit? Ici le maître ne recouvrerait ni l'esclave ni l'estimation. Mieux que cela, s'il avait reçu d'avance le montant de l'estimation, il serait tenu de la rendre par une *condictio sine causa*. Pourquoi cela? C'est que, même en mettant de côté la convention intervenue, il faudrait toujours que le maître de l'esclave voleur ou perdît l'esclave lui-même par l'abandon noxal ou fût condamné à payer une somme d'argent peut-être supérieure à la valeur de l'esclave. Eh bien! dans notre hypothèse, la restitution de l'esclave ou de la valeur estimative n'ayant été convenue que sous la condition de sa non-culpabilité, il est évident que pour le cas inverse, pour le cas de culpabilité prouvée, il y a un abandon noxal réalisé d'avance, sur lequel par conséquent il est impossible de revenir.

Supposons maintenant, c'est l'hypothèse essentielle de notre texte, c'est celle qui justifie son insertion dans notre titre, que la torture n'a pas abouti à démontrer la culpabilité de l'esclave. Quel est le droit du maître? Il peut choisir, Papinien exprime deux fois cette idée, entre la restitution de l'esclave et le paiement de l'estimation. C'est à ce second parti qu'il s'arrêtera d'ordinaire, et cela pour des raisons évidentes: Soupçonné de vol, l'esclave aura perdu quelque chose de sa bonne réputation; torturé, ses forces physiques auront subi une altération au moins temporaire. Sa valeur aura donc nécessairement baissé. Aussi Papinien raisonne-t-il exclusivement dans l'hypothèse du maître optant pour l'estimation. Et il rend sur cette hypothèse les deux décisions suivantes: En premier lieu, quand le maître aura choisi l'estimation, l'acquéreur gardera définitivement l'esclave. Secon-

dement, cette estimation sera demandée par l'action *præscriptis verbis*. Papinien insiste sur cette idée que la convention intervenue ne constitue pas un pacte nu ; car ce pacte a été adjoint à une dation, il en a été la condition et le motif. Notre hypothèse rentre donc véritablement dans la classe des *negotia do ut des* (1). Mais n'aurait-on pas pu la considérer comme présentant le caractère d'une vente conditionnelle, et en conséquence donner à l'aliénateur l'action *venditi* à l'effet d'obtenir l'estimation ? C'est bien à cette décision que les principes nous conduiraient, s'il avait été convenu que l'aliénateur aurait simplement le droit de demander l'estimation. Mais telle n'est pas l'hypothèse. Il y a ici une alternative : l'acquéreur rendra ou l'esclave ou l'estimation. Or, cette alternative est contraire à la nature du contrat de vente : elle ne nous permet pas de dire que l'aliénation ait été consentie pour une prestation consistant certainement en argent.

J'ai supposé jusqu'à présent que le maître avait réellement aliéné et non pas seulement livré son esclave. Que telle soit bien la donnée sur laquelle Papinien raisonne, c'est ce que prouve l'emploi deux fois répété du mot *dare : si servum æstimatum dedisset, quoties certa lege dari probaretur*. Il ne faudrait pas argumenter en sens contraire du mot *traditum* que les commissaires de Justinien, ici comme partout, ont dû substituer au mot *mancipatum*. Qu'arriverait-il donc si, conservant

(1) Est-ce à dire qu'il y ait échange ? Non. Cela est évident pour le cas où le maître demanderait la restitution de l'esclave lui-même ; que s'il opte pour l'estimation, c'est une indemnité qu'il obtient, mais son but véritable n'a pas été d'échanger une valeur contre une autre valeur. Du reste, on a déjà vu que si l'échange constitue sans aucun doute la principale application du contrat *do ut des*, il n'en est certainement pas la seule (Voir page 116).

d'ailleurs les autres éléments de l'hypothèse prévue, nous supposions que le maitre s'est borné à livrer l'esclave au lieu d'en transférer la propriété; de quelle manière obtiendrait-il l'estimation? Au lieu d'un contrat *do ut des*, nous aurions un *negotium facio ut des*, le fait consistant à avoir livré l'esclave et à l'avoir laissé mettre à la question. Il faudrait donner au maitre, dans la doctrine de Paul, l'action *de dolo;* dans la doctrine qui a prévalu, l'action *præscriptis verbis* (1).

Revenons à la décision de Papinien. Selon l'usage, il qualifie l'action *præscriptis verbis* action *incerti*, et pourtant cette action dans l'espèce tend à obtenir une somme d'argent parfaitement déterminée d'avance. Car l'intérêt que le demandeur avait à obtenir l'exécution, intérêt qui sert de mesure à la condamnation, se confond ici avec la valeur estimative de l'esclave. Les parties, en faisant cette estimation, ont, elles-mêmes et d'avance, précisé l'intérêt du demandeur. Dirons-nous que l'*intentio* exprimera le chiffre de l'estimation? Ce serait alors une *intentio certa*. Dirons-nous, au contraire, que l'*intentio*, nécessairement *incerta* à cause du caractère de bonne foi de l'action, sera conçue en ces termes : « *quidquid paret dare oportere* »? Rationnellement, je ne vois guère dans notre hypothèse la nécessité d'une *intentio incerta*, alors qu'en fait la somme demandée est nettement déterminée.

M'objecterez-vous qu'alors, contrairement à la doctrine générale que je vous ai enseignée, je vais être obligé de reconnaître à l'action *præscriptis verbis,* ici

(1) Ceci ne contredit pas ce qui a été dit plus haut (page 22) sur la simple tradition d'une *res mancipi* faite *a domino*. Nous avons ici quelque chose de plus qu'une tradition.

au moins, le caractère d'action *stricti juris* ? Car, diriez-vous, c'est chose connue et certaine que les actions de bonne foi se présentent toujours avec une *intentio incerta*. C'est justement cette dernière proposition qui m'inspire des doutes, quoique très-universellement admise. D'abord, je ne sache aucun texte qui exprime d'une manière positive ce caractère nécessairement incertain des actions de bonne foi. Que ce caractère leur soit ordinaire, j'en conviens, et cela pour deux raisons : d'abord, la prestation due et demandée sera souvent indéterminée en elle-même. En second lieu, et surtout, comme le juge de l'action de bonne foi doit toujours prendre en considération les obligations réciproques qui dérivent *ex eadem causa*, le demandeur, qui aurait précisé le chiffre de sa demande et qui serait reconnu devoir lui-même quelque chose, si peu que ce fût, ce demandeur, dis-je, aurait commis une *plus petitio*, et conséquemment perdrait son procès. La prudence lui commande donc, en règle générale, de faire rédiger l'*intentio* en ces termes vagues : *Quidquid paret, etc.*, Mais supposons que je n'aie pas le moindre doute sur le montant de la somme qui m'est due, et que d'autre part j'aie la certitude d'avoir pleinement exécuté toutes mes obligations ; supposons, pour préciser mieux, que j'aie vendu mon fonds cent mille sesterces, que j'aie mancipé le fonds, promis le double en vue de l'éviction, que l'acheteur enfin n'ait plus rien à me demander, pourquoi donc exerçant l'action *venditi* n'exprimerais-je pas dans l'*intentio* le montant du prix de vente? Il me semble qu'une lecture bien attentive de deux textes de Gaius (IV, § 40 et 41) conduit à cette solution. Le § 40 nous donne la *demonstratio* d'une

action *venditi* et celle d'une action *depositi*. Puis au § 41, viennent trois *intentiones* contenant tous les types possibles de l'*intentio in jus concepta*. Les deux premières appartiennent à des formules d'actions personnelles, l'une est *certa*, l'autre est *incerta*. Or, précisément celle qui est *certa* correspond à la *demonstratio* de l'action *venditi*; celle qui est *incerta* correspond à la *demonstratio* de l'action *depositi*. On comprend, en effet, que le droit du vendeur puisse s'exprimer dans tel cas par un chiffre certain et précis; on ne le comprend guère quant au droit du déposant. Mais rien ne prouve, me dira-t-on, que Gaius ait entendu établir une correspondance exacte entre ces deux *intentiones* et les deux *demonstrationes* qui précèdent. Rien ne le prouve absolument, soit. Cependant la pensée générale qui se dégage des § 40 à 43 est bien celle-ci : Gaius paraît vouloir nous présenter trois modèles de formules, d'abord une formule d'action personnelle *certa*; puis une formule d'action personnelle *incerta*; enfin une formule d'actions *in rem*. Seulement, au lieu de poser immédiatement chaque formule entière, il procède par voie d'analyse, et donne successivement tous les types de *demonstrationes*, tous les types d'*intentiones*, et plus loin tous les types de *condemnationes*. Et voilà pourquoi, tandis qu'il énonce trois *intentiones* et trois *condemnationes*, il n'énonce au contraire que deux *demonstrationes*, la *demonstratio* faisant défaut dans les actions *in rem*. Si donc le but de Gaius est bien de construire trois formules complètes, la correspondance que je crois voir entre la *demonstratio* de l'action *venditi* (§ 40) et l'*intentio certa* qui vient ensuite (§ 41) ne saurait être dou-

teuse; d'où il résulte que la formule de l'action *venditi* n'est pas nécessairement *incerta*.

Ma conclusion est donc celle-ci : Si l'action *venditi*, qui est toujours de bonne foi, peut avoir une *intentio certa*, pourquoi l'action *præscriptis verbis* n'aurait-elle pas, elle aussi, selon les circonstances, une *intentio certa*, sans qu'on puisse tirer de là la moindre objection contre son caractère absolu d'action de bonne foi ?

Si mon paradoxe est vrai, il devient évident que j'ai dû repousser la doctrine dans laquelle on explique la qualification *incerti* ou *incerta* donnée à notre action précisément par le caractère de l'*intentio* qui serait nécessairement *incerta* (1).

Notre loi 8 provoque deux autres observations :

1° De ces mots *si lex contractus non lateret*, on peut conclure que les contrats innommés ne se forment pas par l'exécution d'une convention tacite. Une convention bien expresse est nécessaire. Cette observation nous sera utile notamment pour expliquer la loi 23.

2° Notre texte nous prouve que les contrats innommés peuvent, comme les autres, se trouver affectés d'une condition. Il est bien évident, en effet, que, si l'esclave mis à la torture venait à être convaincu du délit, la partie lésée par le *furtum* ne devrait rien à l'aliénateur. La propriété de l'esclave aurait été transférée purement sans aucune charge. Donc tant qu'on ne sait pas quel sera le résultat de la torture, on ne sait pas non plus s'il existe un contrat. Le caractère conditionnel du contrat innommé peut se concevoir autrement : il résulte ici de la conditionnalité de l'obligation contractée par une personne qui a reçu une dation non

(1) Voir ci-dessus pages 68 et 69.

conditionnelle. Mais vous savez qu'un acte translatif de propriété peut être accompli de telle manière que l'aliénation ne se réalise que par l'événement d'une condition. Donc supposez que je vous livre une chose à charge par vous d'exécuter un fait ou de me donner une autre chose, mais en subordonnant l'effet translatif de la tradition, et virtuellement votre obligation elle-même, à l'événement d'une condition déterminée; voilà bien un contrat *do ut des* ou *do ut facias* qui n'existe que sous condition, cela parce que l'aliénation qui doit le former n'est-elle même que conditionnelle. Ce que je dis d'une dation ne saurait, en général, être appliqué à un simple fait : à moins donc qu'il ne s'agisse d'un fait juridique susceptible d'être subordonné à une condition, tel qu'une promesse, nous ne comprendrions pas des contrats *facio ut des* ou *facio ut facias* rendus conditionnels par la conditionnalité du fait accompli. Mais rien n'empêchera ces contrats eux-mêmes d'être conditionnels, si l'obligation de la personne au profit de laquelle le fait a été accompli n'est-elle-même que conditionnelle (1).

Reste à rapprocher de notre loi 8 les décisions données par Pomponius dans une espèce fort semblable (2).

(1) Nous verrons ultérieurement qu'un contrat innommé se forme quelquefois par la défaillance d'une condition mise à la formation d'un contrat nommé. (Voir vingtième Conférence.) Donc tant que cette condition était en suspens, le contrat innommé lui-même existait *sub conditione*. On peut dire aussi qu'étant donné une vente pure et simple accompagnée d'un pacte résolutoire, il y a un contrat innommé conditionnel, tant que la résolution reste possible. Nous savons, en effet, que le vendeur est admis à faire valoir par l'action *præscriptis verbis* la résolution du contrat de vente.

(2) L. 15, de cond. caus. dat. XII, 4 : Quum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quæstionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi; is eum tradidit præfecto vigilum quasi in facinore deprehensum; præfectus vigilum eum summo supplicio af-

Votre esclave étant soupçonné d'avoir commis un vol au préjudice d'Attius, vous le livrez à celui-ci pour le mettre à la question, et, si la culpabilité n'est pas démontrée, vous le restituer. Notez bien qu'il n'est pas question ici d'une estimation, et que le maître de l'esclave ne se réserve aucune alternative. Attius, au lieu de mettre l'esclave à la torture, le conduit au *præfectus vigilum*, magistrat chargé notamment de connaître *extra ordinem* des faits de vol. (L. 3, § 1, de off. præf. vigil. I, 15). Il le lui présente comme pris en flagrant délit, le fait condamner et livrer au dernier supplice. Par quelle action poursuivrez-vous Attius? Pomponius distingue : ou vous aviez transféré la propriété de votre esclave, ou vous l'aviez simplement livré. Au premier cas, vous agirez par une *condictio ob rem dati* fondée non pas, comme le veut Cujas, sur ce que l'esclave n'a pas été mis à la question, mais sur ce qu'Attius a empêché l'accomplissement de la condition qui vous aurait donné le droit d'exiger la restitution. Au second cas, vous auriez l'action *ad exhibendum*, ou, malgré le silence du texte, la *rei vindicatio*, attendu qu'Attius, par un dol évident, s'est mis volontairement dans l'impossibilité de restituer. Vous auriez, de plus, l'action *furti;* en effet, Attius, en provoquant le supplice de votre esclave non convaincu de délit, a fait de votre chose un usage frauduleux, un usage que vous eussiez empêché, si vous aviez été averti à temps.

fecit; ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quominus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses ejus hominem; quo casu ad exhibendum agere te non posse, sed, si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibiturum esse.

Ne donnerions-nous pas aussi, dans les deux espèces de ce texte, l'action *præscriptis verbis?* Je n'en doute pas. Si, en effet, vous avez rendu Attius propriétaire, nous sommes dans l'hypothèse *do ut des;* au cas inverse, dans l'hypothèse *facio ut facias.* M'objecterat-on que le contrat ne devait se former définitivement qu'une fois l'esclave sorti victorieux de l'épreuve de la torture? Soit; mais c'est une règle déjà vraie en droit romain que la condition est réputée accomplie, lorsque c'est par le fait du débiteur qu'elle a manqué de s'accomplir. (L. 85, § 7, de verb. oblig. XLV, 1). Si Pomponius se tait sur cette application de l'action *præscriptis verbis*, c'est qu'on n'en voit guère ici l'utilité pratique, la *condictio* offrant tout autant d'avantage. C'est peut-être aussi parce qu'il emprunte son hypothèse à Labéon, et qu'au temps de ce jurisconsulte la condition défaillie par le fait du débiteur n'était pas encore assimilée à une condition accomplie, ainsi que le fait présumer la loi 50 de contr. empt. (XVIII, 1) (1).

Toutes les décisions que je viens de vous présenter, à propos du texte de Pomponius, sur le cas où le propriétaire a transféré la propriété de son esclave, doivent être appliquées à l'hypothèse même de notre loi 8, si nous supposons que le maître, investi de la faculté de demander ou la restitution de l'esclave lui-même ou l'estimation, exerce son option dans le premier sens. Papinien ne s'occupe pas des conséquences de l'option dirigée en ce sens, et je vous ai expliqué pourquoi : c'est que le maître aura généralement plus d'avantage à demander l'estimation.

(1) Nous retrouverons plus loin ce texte (Voir dix-septième conférence).

En résumé, supposant la propriété de l'esclave délinquant transportée à la personne volée, nous arrivons aux conclusions suivantes. Si l'esclave reste convaincu du délit, nulle action pour le maître. Si, au contraire, sa culpabilité n'est pas prouvée, trois hypothèses se conçoivent :

1° Il a été convenu que le maître recevrait l'estimation. Nous lui donnerons l'action *venditi ;* car il y a eu vente conditionnelle, et la condition est accomplie.

2° Il a été convenu que le maître pourrait redemander l'esclave lui-même, mais il n'a pas été fait d'estimation. Il s'est formé un contrat *do ut des;* le maître exercera ou la *condictio* ou l'action *præscriptis verbis.*

3° Il a été convenu que le maître pourrait opter entre la restitution de l'esclave ou le paiement d'une estimation convenue. Ici encore, nous avons un contrat *do ut des.* Le maître pourra donc ou *condicere* l'esclave, ou agir *præscriptis verbis* pour demander soit l'esclave lui-même, soit l'estimation.

15e CONFÉRENCE.

Je vais vous présenter aujourd'hui l'explication des lois 9, 12, 13 et 16 de notre titre. La loi 15 a déjà été étudiée (page 200). Quant aux lois 10, 11 et 14, je les considère comme étrangères à la théorie des contrats innomées ; et en conséquence, fidèle au plan que je vous ai annoncé, je les renvoie à la fin du titre.

L. 9, (Papinianus lib. XI, Responsorum). Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque judicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur.

Un débiteur ayant été libéré par acceptilation, mais sous la condition de déléguer son propre débiteur Titius, s'il n'exécute pas fidèlement le contrat, il sera tenu de l'action *incerti*. Et en conséquence, l'office du juge consistera, non pas à faire rétablir l'ancienne obligation, mais à faire fournir l'obligation promise, ou à prononcer une condamnation.

Pour concevoir exactement l'espèce, il faut supposer la convention suivante : je libérerai mon débiteur, et il me déléguera le sien. Voilà un pacte encore nu (1). Je

(1) Rien n'empêche les parties d'indiquer dans la formule même de l'acceptilation le but en vue duquel elle intervient ; cela pourvu qu'elle reste pure et simple, pourvu que la libération immédiate et définitive ne dépende aucunement du fournissement ou du refus de la délégation. Que s'il avait été exprimé que l'effet de l'acceptilation demeurerait en suspens jusqu'à ce que la délégation eût été faite, la règle ancienne qui déclare les *actus legitimi* viciés par l'insertion d'une condition expresse s'opposerait à la formation du contrat (L. 77, de reg. jur. L, 17). L'acceptilation se réduirait tout au plus à un pacte *de non petendo* conditionnel (L. 8, pr. de accept. XLVI, 4) ; or, le pacte *de non petendo*, même pur et simple, ne suffit pas pour donner naissance à un contrat innommé (Voir ci-dessus page 21).

l'exécute en faisant acceptilation à mon débiteur. Des lors il y a *negotium gestum*, il y a obligation résultant d'un contrat *facio ut facias*. L'action *præscriptis verbis* me compète donc, soit que mon débiteur libéré refuse de me déléguer le sien, soit que celui-ci refuse de s'engager envers moi (1).

Rappelez-vous d'abord qu'Ulpien, prévoyant une espèce à peu près identique (L. 4, de cond. caus. dat. XII, 4), donne à l'auteur de l'acceptilation une *condictio ob rem dati*, dont je vous ai précédemment expliqué la raison d'être (2). Il ne faut pas hésiter à admettre pareillement cette *condictio* dans notre hypothèse. Mais en supposant avec Papinien que le demandeur préfère l'action *præscriptis verbis*, quel va être ici le résultat de cette action? Sera-ce de faire revivre l'obligation éteinte? Non, dit Papinien; et en effet, le juge ne saurait par son autorité ressusciter ce qui n'existe plus. Mais ne pourrait-il pas du moins intimer au défendeur l'ordre de se replacer dans le lien d'une obligation exactement pareille à celle qui a été anéantie par l'acceptilation? Non, c'est là justement ce que Papinien ne veut pas. Pourquoi ne le veut-il pas? Parce que cette restitution du lien dissous, en supposant que le débiteur consentît à l'accorder, ne constituerait ni une satisfaction adéquate au droit du demandeur, ni une application exacte des règles de l'action *præscriptis verbis*. Le droit du demandeur, quel est-il? C'est d'obtenir la

(2) Quand le débiteur du débiteur est présent, et consent à se laisser déléguer, il est plus simple pour le créancier de stipuler de lui immédiatement *animo novandi*. Les deux résultats, la libération absolue de l'un, l'engagement nouveau de l'autre, se trouvent atteints du même coup; et le créancier ne court pas les chances qu'il court dans l'hypothèse de Papinien.

(3) Voir ci-dessus page 170.

délégation convenue. Les règles de l'action *præscriptis verbis*, que commandent-elles au juge? De condamner le défendeur à indemniser le créancier du préjudice résultant pour lui de l'inexécution de la convention, c'est-à-dire, dans l'espèce, du défaut de délégation? Or, ne pourrait-il pas arriver que ce préjudice ne fût pas exactement compensé par le rétablissement de l'ancienne créance? Evidemment je puis trouver plus d'avantage à devenir créancier de votre débiteur qu'à redevenir votre créancier. Que fera donc le juge? Il ordonnera au défendeur de déléguer son débiteur; et faute par celui-ci de vouloir ou de pouvoir faire la délégation, il le condamnera à payer une somme calculée sur l'intérêt du créancier à obtenir cette délégation. Il résulte du texte ainsi interprété que l'action *præscriptis verbis* rentre dans la classe des actions arbitraires (1). C'est le sens naturel de cette phrase de Papinien, « *Judicis officio obligatio promissa* (2) *præstabitur, aut condemnatio sequetur* ». Phrase impliquant évidemment que le juge ne condamne pas sans avoir d'abord fixé une satisfaction que le défendeur devait fournir et qu'il n'a pas fournie.

C'est par ce caractère arbitraire de l'action *præscriptis verbis* que je serais tenté d'expliquer un rescrit fort embarrassant des empereurs Dioclétien et Maximien (L. 4, C. de rer. permut. IV, 64). Il s'agit d'un échange. La partie qui a formé le contrat ne reçoit pas la dation

(1) Voir ci-dessus page 79.

(2) Ce mot *promissa* n'est pas d'une parfaite exactitude, puisqu'il n'y a pas eu de stipulation. Il indique simplement, comme notre mot promettre, la formation d'une obligation conventionnelle. Cette acception est fort rare dans la langue des jurisconsultes, très-fréquente dans celle des empereurs Byzantins (Voir notamment § 13, mandat. Inst. III, 26).

réciproque qui lui est due, et même le débiteur a aliéné la chose reçue. Les questions posées aux Empereurs étaient les suivantes : Le créancier pouvait-il répéter sa chose contre l'acquéreur, comme il l'aurait pu contre le débiteur possédant encore? Et s'il ne le pouvait pas, quelle action lui serait donnée? Or, voici les décisions contenues dans le rescrit : L'acquéreur est à l'abri de toute revendication. Il a acquis *a domino*. Le créancier agira donc ou par l'action *ex stipulatu*, s'il a stipulé la chose due, ou par l'action *præscriptis verbis*, s'il n'a pas fait de stipulation. Jusqu'à présent, le rescrit ne nous offre que des idées connues et certaines. Mais les empereurs définissent le but de l'action *præscriptis verbis :* elle tend, disent-ils, ou à procurer l'exécution de la convention, ou à faire restituer au créancier la chose qu'il avait donnée pour en recevoir une autre (1). Voilà qui d'abord paraît étrange : nous avons bien vu jusqu'à présent que le créancier pouvait, dans les contrats *do ut des* et *do ut facias*, choisir entre la résolution et l'exécution du contrat. Mais nous avons vu aussi que le premier de ces deux buts se poursuit par la *condictio ob rem dati*, le second seulement par l'action *præscriptis verbis*. Est-ce que les empereurs ne confondent pas ces deux actions, attribuant à cette dernière seule la portée de l'une et de l'autre à la fois ? Est-ce que le texte n'aurait pas subi quelque altération ? Tout cela est possible. Mais il n'est pas déraisonnable non plus de croire, étant donné le double caractère arbitraire et de bonne

(1) Voici la dernière phrase du rescrit : « Si vero nulla stipulutio intercessit, præscriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta restituatur.

foi de l'action *præscriptis verbis*, qu'on est arrivé, au moins pour les contrats formés par une dation, à reconnaître au juge les pouvoirs les plus larges dans la détermination de la satisfaction ? L'échangiste peut ou répéter la chose ou demander la chose due. Mais, selon le parti auquel il s'arrête, il exerce ou la *condictio* ou l'action *præscriptis verbis*. Eh bien ! dans le double but de simplifier la procédure et de mieux satisfaire l'équité, on finit par autoriser le juge de l'action *præscriptis verbis* à ordonner soit la restitution de la chose donnée, soit la prestation de la chose due, soit alternativement l'une ou l'autre. Ceci, dis-je, simplifie la procédure : car la *condictio ob rem dati* devient à peu près inutile, étant en quelque sorte contenue dans l'action *præscriptis verbis*. L'équité, ai-je ajouté, reçoit aussi une satisfaction plus pleine. En effet, la chose que je vous ai donnée valait cent, celle que vous deviez me donner valait également cent. Mais pendant le cours de l'instance, la première chose reçoit une plus-value fortuite très considérable, ou, si vous voulez, la seconde éprouve une détérioration notable. Il est évident que j'ai plus d'avantage dans l'une et l'autre situation à recouvrer ma propre chose ; il est évident que, si j'avais à choisir aujourd'hui entre les deux actions, je choisirais la *condictio*. Le juge se conforme donc aux règles de la bonne foi en me faisant restituer ce que j'obtiendrais par la *condictio*. Spécialement dans l'espèce prévue par le rescrit, il est difficile que je recouvre ma chose puisqu'elle a été aliénée ; mais cela n'empêchera pas que le juge ne puisse en ordonner la restitution, et si le débiteur ne réussit pas à la recouvrer pour me la rendre, il pourra être condamné à

m'en payer la valeur. Après tout, par cette aliénation précipitée d'une chose que je pouvais encore lui redemander, il a bien commis un dol.

Maintenant, pour revenir à l'hypothèse de Papinien, vous avez vu que, dans l'opinion de ce jurisconsulte, la satisfaction imposée par le juge aura nécessairement pour objet exclusif la prestation de l'obligation contractée par le débiteur. Mais ne faut-il pas décider que, par suite de la doctrine nouvelle consacrée par les empereurs Dioclétien et Maximien, le juge pourrait désormais intimer au défendeur l'ordre de rétablir l'ancienne obligation, si cela lui paraissait plus avantageux pour le créancier? J'inclinerais bien à admettre l'affirmative: car ici aussi, comme nous l'avons vu, le demandeur avait l'option entre la *condictio* et l'action *præscriptis verbis*. Les raisons de décider sont donc identiques. Mais dans tous les cas où le créancier n'a d'autre action que l'action *præscriptis verbis*, la satisfaction ordonnée consistera exclusivement dans la prestation due en vertu du contrat. De sorte qu'en résumé, j'appliquerai à l'action *præscriptis verbis* ces paroles connues du jurisconsulte Celsus à propos de la revendication : « *Bonus judex varie ex causis constituet.* » (L. 38, de rei vindic. VI, 1.)

L. 12 (Proculus, lib. XI, epistolarum). Si vir uxori suæ fundos vendidit, et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro, in factum existimo judicium esse reddendum, idque et in aliis personis observandum.

Un mari a vendu des fonds à sa femme, et l'acte de vente porte que, si la femme signifie le divorce, le mari pourra, s'il le veut, reprendre les fonds pour le même prix; je pense qu'il y a lieu de lui donner une action *in factum*, et la même décision me parait applicable entre toutes autres personnes.

Écartons la circonstance spéciale d'une vente entre époux, puisque Proculus lui-même la déclare inutile en généralisant sa décision. Que reste-t-il alors dans notre texte? Un contrat de vente pur et simple, mais accompagné du pacte résolutoire suivant : Le vendeur, étant donné une circonstance déterminée qui est ici la répudiation du mari par la femme, mais qui pourrait être tout autre, aura la faculté de tenir la vente pour non avenue et de reprendre la chose en restituant précisément le prix de vente. C'est là un pacte de réméré d'une espèce particulière : Tandis que la faculté de rachat se présente ordinairement pure et simple, ici le vendeur ne sera admis à l'exercer que moyennant l'accomplissement préalable d'une condition. Mais une fois cette condition accomplie, et c'est ce que suppose notre texte, il faut évidemment lui donner, pour obtenir la restitution de la chose vendue, les mêmes actions que si le réméré avait été convenu purement et simplement. Or, nous avons vu précédemment (1) que les Sabiniens donnaient au vendeur à réméré une action *in factum proxima venditi ;* que les Proculiens, avec plus de logique peut-être, lui donnaient l'action *præscriptis verbis* ; et qu'enfin l'option entre ces deux actions avait été consacrée par un un rescrit de l'Empereur Alexandre Sévère (L. 2, C. de pact. int. empt. IV, 54).

Cela étant, voici la seule question qui puisse s'élever sur la décision de notre texte : l'action *in factum* dont parle Proculus est-elle l'action *in factum* Sabinienne, une action calquée sur l'action *venditi* ? Ou est-ce l'ac-

(1) Voir ci-dessus pages 112 et s.

tion *præscriptis verbis*, improprement qualifiée *in factum*? Le nom même de l'auteur, le nom de Proculus, rend cette seconde opinion plus vraisemblable.

Reste à faire deux observations de peu d'importance :

1° J'ai supposé que ces expressions *si ea nupta ei esse desiisset* se réfèrent à un divorce signifié par la femme. Sans cela le jurisconsulte aurait probablement employé une autre forme, par exemple *si nuptiæ desiissent*. Au surplus, cela est pleinement indifférent quant à l'intelligence du texte.

2° Vous remarquerez aussi ce mot *transcriberet*, allusion évidente à la mention de l'opération sur le *codex* de la femme. La pensée est celle-ci : dès que le mari manifestera la volonté de résoudre la vente, la femme devra constater sur son livre qu'elle est créancière du prix et débitrice de la chose vendue. Et sans doute le mari fera sur son propre *codex* les deux mêmes mentions. Cela veut-il dire qu'il se formerait ainsi deux obligations *litteris*? peut-être bien, mais alors il faut supposer que le mari au moins n'a pas fait la mention de sa créance sur son *codex*. S'il l'avait fait il ne pourrait pas avoir l'action *præscriptis verbis*, étant devenu créancier en vertu d'un contrat nommé.

L. 13, pr. (Ulpianus, lib. xxx, ad Sabinum). Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum, quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo qui te non admisit socium distractionis, sed tibi certum pretium excepit.

Si je vous ai donné une chose à vendre pour un prix déterminé, sous la condition que, la vendant pour un prix supérieur, vous bénéficieriez de l'excédant, on admet qu'il n'y a lieu ni à l'action de mandat ni à l'action *pro socio*, mais à l'action *in factum*, attendu que l'opération présente un caractère étranger à ces contrats. En effet, les mandats doivent être gratuits, et la société n'est pas réputée contractée, lorsqu'une personne, au lieu de vous faire partager les chances de la vente, se réserve un prix déterminé.

La convention prévue par Ulpien est assez facile à comprendre : je vous ai livré ma chose sur estimation et pour que vous la vendiez. Vous devrez me rendre ou le montant de l'estimation, ou, si vous n'avez pas vendu, la chose elle-même. Par quelle action vous demanderai-je l'exécution de votre obligation ? Pour répondre, il faut être fixé d'abord sur le caractère juridique de cette convention, qu'on appelle *æstimatum* Or, elle présente de l'analogie avec le mandat. En effet, vous me rendez un service ; peut-être ce service ne vous constituera ni en profit ni en perte. C'est ce qui arrivera si vous vendez la chose précisément au prix indiqué. Mais il peut se faire que vous la vendiez pour un prix supérieur ou inférieur : au premier cas, vous garderez la différence ; au second cas, vous me devrez néanmoins la somme convenue. Il peut arriver aussi que la chose périsse entre vos mains par cas fortuit, et nous verrons bientôt (1) que cette perte, ordinairement, sinon toujours, tomberait à votre charge. Cette convention contient donc pour vous la chance de gagner et la chance de perdre ; et c'est en quoi elle se sépare du mandat. Mais elle ressemble aussi à un contrat de société. Comment cela ? En ce que l'un et l'autre nous fournissons une valeur, moi ma chose, vous vos soins et vos diligences pour la vendre. Seulement, la société implique par essence un partage égal ou inégal des bénéfices ; or si vous ne réussissez pas à vendre la chose pour un prix supérieur au prix déterminé, non-seulement vous ne gagnerez rien, mais vous aurez perdu votre temps et

(1) Voir l'explication de la loi 17, § 1, h. t.

votre peine. Voilà pourquoi Ulpien s'en tient à l'action *præscriptis verbis*.

Toutefois, ce texte paraît contredit par la loi 44, *pro socio* (XVII, 2), qui appartient également à Ulpien. Je vous confie une perle pour la vendre. Si vous la vendez dix, vous me donnerez dix. Si vous la vendez plus cher, vous ne me donnerez toujours que dix. Quelle action aurai-je contre vous? Ulpien décide qu'il faudra s'attacher à l'intention des parties. Ont-elles voulu faire un contrat de société? Il y aura lieu à l'action *pro socio*. N'ont-elles pas voulu s'associer? L'action *præscriptis verbis* sera seule possible (1).

Cette seconde décision n'exige aucune explication, mais il faut nous rendre compte de la première. Car ce n'est pas tout pour former une société que de le vouloir, encore faut-il que les conventions arrêtées entre les parties ne répugnent pas aux principes mêmes de la société (2). Admettons donc que nous avons eu l'intention de nous associer : la convention peut aboutir à trois résultats différents :

1° Vous vendez pour un prix supérieur à l'estimation. Vous bénéficiez de l'excédant; quant à moi, je profite de votre industrie et de vos démarches. L'idée de société se comprend donc très-bien ici.

2° Vous ne vendez pas. Ici il n'y a ni bénéfice ni appauvrissement de part ni d'autre. On peut dire que la so-

(1) L. 44, pro socio : Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendæ societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, præscriptis verbis.

(2) C'est ce qui résulte notamment des lois 5 § 2, pro soc. (XVII, 2) et 35 § 5, de mort. caus. donat. (XXXIX, 6).

ciété a manqué son but, qu'elle n'a pas fonctionné, mais cela ne l'empêche pas d'avoir existé.

3° Vous vendez pour un prix précisément égal à l'estimation. C'est ici que la difficulté devient réelle (1). Car je bénéficie de vos démarches et de vos soins, tandis que pour vous le profit manque absolument; or, il est contraire aux règles de la société que l'un seulement des associés réalise un gain à l'exclusion des autres. Donc la perspective de ce résultat, toujours possible dans l'hypothèse de notre loi 44, suffit pour écarter absolument l'idée de société, pour l'écarter quoi qu'il arrive et quand même vous vendriez avec bénéfice. Car la nature d'un contrat se détermine dès le début, par son objet et ses clauses, et non pas après coup par les résultats auxquels il aboutit. Voilà l'objection, et vous voyez qu'elle n'échappe pas à Ulpien. Sans doute, il considère, d'une part, que si la personne chargée de vendre est bien exposée à perdre en définitive le fruit de ses démarches, néanmoins elle ne s'appauvrira certainement pas; d'autre part, que le profit fait par le propriétaire de la chose vendue ne consiste pas en une augmentation de son patrimoine. Au total, la convention épargne au propriétaire la peine de vendre lui-même plutôt qu'elle ne l'enrichit; pour le vendeur, elle aboutira peut-être à grossir, mais non jamais à diminuer son avoir; et c'est probablement parce que l'éventualité de ce bénéfice n'est pas balan-

(1) La difficulté ne serait pas plus considérable, si la vente était faite à un prix inférieur. Ici le vendeur subirait une perte véritable, mais il la subirait par sa faute ; car il n'était pas obligé de vendre. C'est donc là une quatrième hypothèse, possible sans doute en fait, mais qui n'a pas dû entrer dans les prévisions des contractants.

cée par la crainte d'une perte véritable, que le jurisconsulte ne recule pas devant l'idée de société.

Il résulte de la doctrine formulée par Ulpien dans la loi 44 que le motif donné dans notre loi 13 pr. pour exclure l'action *pro socio*, n'est pas d'une exactitude parfaite. La société fait défaut, dit notre texte, parce que le propriétaire ne vous associe pas aux chances de la vente, mais se réserve un prix déterminé. Si ce motif était absolument concluant, il aurait dû conduire Ulpien à rejeter l'action *pro socio*, nonobstant l'intention contraire des parties. Et c'est ce qu'il ne fait pas. Au surplus, un autre texte, tiré comme la loi 44, *pro soc.*, du trente-unième livre du commentaire d'Ulpien *ad edictum*, m'autorise à croire que lui-même faisait assez bon marché de ce motif (1). Reproduisant une hypothèse prévue et résolue par Papinien, il suppose la convention suivante entre un capitaliste et un entrepreneur. Le premier fournira de l'argent pour l'achat d'un terrain et les frais de plusieurs constructions que le second se charge d'exécuter. Une fois terminées, les constructions seront vendues. Sur le prix de vente, le propriétaire se réserve de reprendre ses avances *cum certa quantitate*, l'entrepreneur aura le surplus. Qu'est-ce à dire? que si les constructions se vendent moins qu'elles n'ont coûté, le propriétaire perdra une partie de ses avances, et l'entrepreneur son industrie ; que, si elles se vendent pour un prix égal à la dépense, le

(1) L. 52. § 7, pro socio (XVII, 2) : Inter Flavium Victorem et Vellicum Asianum placuerat ut locis emptis pecunia Victoris monumenta fierent opera et peritia Asiani, quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit; erit pro socio actio.

propriétaire n'aura ni gagné ni perdu, l'entrepreneur perdant encore son industrie; enfin que, si la vente donne un bénéfice, ce bénéfice se partagera entre le propriétaire et le constructeur (1).

Revenant à notre loi 13 pr, et à la loi 44, *pro soc.*, je dois vous faire remarquer que l'intention de contracter une société ne se présumera pas, et que certainement cette intention n'existera ici que dans des cas exceptionnels. C'est ce que vous comprendrez mieux par les explications que je vous donnerai sur la loi 17, § 1, h. t. Du reste, en dehors de l'intérêt qui s'attache à la distinction de la loi 44 quant au choix de l'action à intenter, cette distinction emporte une double conséquence: 1° si les parties ont voulu s'associer, le contrat existe par le seul consentement. Dans le cas contraire, la remise de la chose est nécessaire. 2° S'il y a société, la personne chargée de vendre est responsable de sa faute appréciée *in concreto* (§ 9, de societ. Inst. III, 25). S'il n'y a pas société, cette responsabilité varie d'après certaines distinctions que je vous exposerai sur la loi 17, § 1, h. t.

L. 13, § 1. Julianus libro undecimo Digestorum scribit, si tibi areæ meæ dominium dedero, ut insula ædificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meæ recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suæ

Julien, au livre onze de son Digeste, écrit que si je vous ai transféré la propriété de mon terrain pour y élever une construction et m'en restituer une partie, il n'y a là ni vente, parce qu'au lieu de prix je recouvre une partie de ma chose; ni mandat, parce que la gratuité manque; ni société, parce que nul, en faisant

(1) L'expression *certa quantitas* désigne-t-elle une quote-part des bénéfices? Désigne-t-elle, au contraire, une somme déterminée que le propriétaire doit prélever sur le bénéfice? Si ce dernier sens est le vrai, l'entrepreneur perdrait encore son industrie, dans le cas où l'excédant du prix de vente sur le montant des avances ne dépasserait pas la somme que le propriétaire se serait réservée.

dominus esse desinit. Sed si puerum docendum, vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum, ita ut, si post certos annos veniisset, pretium inter nos communicaretur, abhorrere hæc ab area, eo quod hic dominus esse non desinit, qui prius fuit; competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se, quod in area, dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem Julianus dandam, id est præscriptis verbis. Ergo si quis areæ dominium non transtulerit, sed passus sit te sic ædificare ut communicaretur vel ipsa, vel pretium, erit societas, Idemque, et si partis areæ dominium transtulerit, partis non, et eadem lege ædificare passus sit.

un contrat de société, ne cesse d'être propriétaire de sa chose. Que si je vous ai donné un troupeau à faire paître, un esclave à instruire ou à nourrir, sous cette condition que le troupeau ou l'esclave étant vendu au bout d'un certain nombre d'années, le prix serait mis en commun entre nous, cette hypothèse paraît à Julien toute différente de celle du terrain, parce qu'ici celui qui était propriétaire ne cesse pas de l'être. Il y aura donc lieu à l'action *pro socio*. Mais si je vous avais transféré la propriété de l'esclave, Julien donnerait la même décision que dans l'hypothèse du terrain, parce que l'ancien propriétaire aurait cessé de l'être. Que conclure ? Julien pense que dans ces hypothèses il y a lieu de donner une action *in factum*, c'est-à-dire l'action *præscriptis verbis*. Donc si quelqu'un sans vous transférer la propriété de son terrain, consent à ce que vous y éleviez une construction pour qu'ensuite la construction elle-même ou le prix soit commun, il y aura société. Et il faut en dire autant s'il y a eu translation de propriété du terrain pour une partie, non pour l'autre partie, et que le propriétaire vous ait laissé construire sous la même condition.

Nous pouvons classer en deux catégories les hypothèses prévues dans ce texte :

1° Je vous livre un terrain dont je reste propriétaire. Mais nous convenons que vous exécuterez une construction et que cette construction une fois faite sera mise en commun entre nous (1), ou bien que nous la vendrons pour nous en partager le prix. Pareillement, je vous charge du soin d'un troupeau, de l'éducation ou de la nourriture d'un esclave; mais je garde la propriété soit du troupeau, soit de l'esclave; et il est convenu qu'après un nombre d'années déterminé la chose

(2) La construction ne devient pas commune de plein droit. Les principes veulent qu'elle appartienne au propriétaire du sol, mais la convention oblige celui-ci à en transporter la propriété pour moitié au constructeur.

sera vendue et le prix partagé entre nous. Toutes ces hypothèses rentrent dans le contrat de société (1). J'ai fourni ma chose; vous avez fourni votre travail, et de plus fait face de vos propres deniers aux frais de constructions, d'éducation, de nourriture. Inexécutée de part et d'autre, une pareille convention, puisqu'elle constitue une société, obligerait encore.

2° Changez un seul élément aux diverses hypothèses qui précèdent. Supposez que je vous ai rendu propriétaire du terrain à bâtir, du troupeau ou de l'esclave. La convention peut-elle être qualifiée vente? Non, car je ne reçois pas un prix consistant en une somme d'argent. Rentre-t-elle dans le mandat? Pas davantage, puisqu'elle n'est pas gratuite. Enfin, y a-t-il société? non, le contrat de société peut bien emporter aliénation de ma chose pour une part indivise; et c'est le résultat qui se produit toujours, et même *solo consensu* dans une société de tous biens (L. 1 et 2, pro socio, XVII, 2 (2); mais ce contrat exclut l'idée d'une aliénation entière et absolue de ma chose. Comment donc caractériser l'action juridique intervenue entre nous? c'est une combinaison des deux *negotia do ut des* et *do ut facias* (4). En effet, j'ai exécuté une dation, vous devez en exécuter une aussi; mais préalablement, un

(1) Si je vous livrais un troupeau pour le faire paître et en partager le croît, le contrat rentrerait encore dans la société. La loi 9, au code, de pactis (II, 3) prévoit l'hypothèse et se borne à dire que la convention devra être exécutée.

(2) C'est parce que l'aliénation d'une part n'a rien de contraire à la société, que Julien admet sans hésiter l'action *pro socio*, en supposant dans nos diverses hypothèses une translation partielle de la propriété du terrain, du troupeau ou de l'esclave. Voir notre texte *in fine*.

(3) Si nous avions purement un contrat *do ut des*, peut-être que Julien, conformément à l'opinion des chefs de son école, donnerait l'action *venditi*.

fait à accomplir vous est imposé : vous devez construire, vous devez faire paître le troupeau, vous devez élever et nourrir l'esclave. Si nous prenons à la lettre notre texte, Julien dans toutes ces hypothèses aurait accueilli l'action *præscriptis verbis*. Mais je n'hésite pas à croire qu'il donnait simplement une action *in factum* analogue à l'action *pro socio*. Probablement, Ulpien, après avoir rapporté l'opinion de Julien, la corrigeait comme il le fait ailleurs (L. 7, § 2, de pact. II, 14), et déclarait l'action *præscriptis verbis* suffisante. Les compilateurs auront supprimé sa critique, en la remplaçant par ces mots : *id est præscriptis verbis*. Ils altèrent donc la pensée de Julien, sous prétexte de l'expliquer, comme déjà nous les avons vus altérer dans le même but celle de Gaius (L. 22, h. t.). Ce qui n'est pas douteux, c'est que notre texte exprime la doctrine universelle des jurisconsultes du troisième siècle.

L. 16, pr. (Pomponius, lib. XXII, ad Sabinum). Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita ut eum locum, unde exemissem, replerem; exemi, nec repleo; quæsitum est quam habeas actionem ? Sed certum est civilem actionem incerti competere. Si autem vendidisti cretam, ex vendito ages; quod si post exemptionem cretæ replevero, nec patieris me cretam tollere, tum agam ad exhibendum, quia mea facta est, quum voluntate tua exempta sit.

Vous m'avez autorisé à extraire de la craie de votre fonds, sous la condition de combler ensuite le terrain d'où je l'aurais extraite. J'ai extrait la craie, je ne comble pas le terrain. On a demandé quelle action vous pouvez avoir ? Mais il est certain que c'est l'action civile *incerti* qui vous compète. Que si vous m'avez vendu la craie, vous agirez par l'action *venditi*. Mais si après que j'ai extrait la craie et comblé le terrain, vous ne me la laissiez pas enlever, alors j'agirais par l'action *ad exhibendum*, attendu que la craie extraite avec votre consentement est devenue ma propriété.

Pomponius prévoit deux hypothèses différentes : 1° je vous permets gratuitement d'extraire de la craie de mon fonds sous la condition de combler ensuite le terrain. 2° Vous m'avez vendu de la craie pour un certain prix

et sous la même condition de combler le terrain (1).

Supposons donc que dans l'une et l'autre hypothèse j'ai extrait la craie et que je refuse de combler le terrain. Quelle action vous donnera-t-on pour m'y contraindre? Ce sera, s'il y a vente, l'action *venditi;* si la convention est gratuite, l'action *præcriptis verbis.* Comment expliquer cette seconde décision? D'une manière fort simple; la convention d'abord nue se trouve aujourd'hui exécutée par l'extraction que vous m'avez laissé faire, mieux que cela, par la propriété à moi acquise des matériaux extraits. Je lis, en effet, dans la loi 6, *de donat.* (XXXIX, 5). que celui qui, en vertu d'une permission gratuite du propriétaire, extrait d'un fonds des matières minérales (*saxum*), en devient propriétaire dès l'extraction. Elles sont réputées lui être livrées au fur et à mesure qu'il les extrait : *quasi traditio facta videtur, quum eximitur domini volontate.* Donc dans notre espèce, il y a contrat *do ut facias* (2).

(1) On a vu que la vente ne cesse pas d'être une vente parce qu'une charge accessoire est ajoutée au prix consistant *in numerata pecunia* (Voir ci-dessus, loi 6, § 1, de act. empt. et vend. page 241 note 1).

(2) Selon Cujas, l'espèce de notre texte rentrerait dans la donation *sub modo* qui, comme on l'a vu, donne lieu à l'action *præscriptis verbis.* Ce point de vue, très-probablement, n'était pas celui de Pomponius, auteur de notre loi 16; nous savons, en effet, que la donation compliquée d'un *negotium,* c'est-à-dire faite *sub modo*, ne contenait à ses yeux aucun contrat; et c'est pourquoi ce texte ne contredit pas ce que j'ai avancé sur l'admission relativement récente de l'action *præscriptis verbis* au profit du donateur *sub modo* (voir page 30, note 1). J'ajoute qu'en lui-même ce point de vue n'est peut-être pas d'une complète exactitude. Ordinairement, on appelle *modus* une charge qui diminue l'émolument de la donation et qui profite au donateur ou à un tiers. Or, ici la charge est en quelque sorte inhérente à la nature de la donation, elle en limite l'étendue plutôt qu'elle n'en diminue le bénéfice. Quant au donateur, il ne l'impose pas pour en tirer un profit proprement dit, mais plutôt pour faire disparaître les traces de l'extraction et le préjudice qui en résulterait pour l'exploitation. En un mot, il ne retient rien sur les valeurs données.

Conservant les mêmes hypothèses, le jurisconsulte suppose ensuite qu'une fois l'extraction faite et le terrain comblé, c'est le vendeur ou le donateur qui méconnait la convention en s'opposant à l'enlèvement de la craie extraite. De quelle action sera-t-il tenu? De l'action *ad exhibendum*, décide Pomponius, et il en donne cette raison que la craie est devenue la propriété de l'extracteur. Nous pouvons ajouter qu'il y aurait lieu aussi à l'action *injuriarum*. L'une et l'autre, en effet, sont données par Julien à celui qui ayant acheté une récolte pendante n'a pas encore enlevé les fruits, mais les a déjà détachés. Car la séparation des fruits vaut tradition; et, à ce propos, Julien exprime que ces deux actions compètent à toute personne qu'on empêche d'enlever sa chose (L. 25, de act. empt. XIX, 1).

La doctrine de notre loi 16, pleinement d'accord avec les lois 6, *de donat.* et 25, *de act. empt*, ne rencontre-t-elle pas une contradiction dans la loi 34, *de dolo malo* (IV, 3) ? Vous m'avez permis d'extraire de votre fonds des pierres, de la craie, du sable; et j'ai fait des frais dans ce but. Puis, vous ne me laissez pas *tollere*; nulle action ne m'appartient, hormis l'action *de dolo* (1). Ce texte, comme la loi 6 *de donat.*, est tiré du quarante-deuxième livre du commentaire d'Ulpien *ad Sabinum* : une contradiction n'est donc guère probable. Sans doute le mot *tollere* y est pris dans un sens large, pour désigner l'extraction elle-même, condition préalable de l'enlèvement. Vous ne me laissez pas procéder à l'extraction, j'ai fait des frais pourtant, et ils

(1) L. 34. de dol. mal. : Si, quum mihi permisisses saxum ex fundo tuo ejicere, vel cretam vel arenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere, nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.

vont par votre mauvaise foi devenir inutiles. Il ne peut pas être question d'une action *ad exhibendum*, parce que la donation est encore imparfaite faute de tradition. Donc je n'aurai que l'action *de dolo*. Tel est le sens du texte d'Ulpien. Mais assurément sa décision changerait, si la convention, au lieu d'être gratuite, avait été faite moyennant l'obligation par moi prise de payer une somme d'argent. Comme alors il existerait un contrat de vente, l'action *de dolo* serait inutile et inadmissible.

L. 16, § 1. Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem; sevi, nec pateris me fructus tollere; nullam juris civilis actionem esse, Aristo ait; an in factum dari debeat, deliberari posse; sed erit de dolo.

Vous m'avez permis d'ensemencer votre fonds et de recueillir les fruits: J'ai semé, et vous ne me laissez pas faire la récolte. Ariston déclare qu'il n'existe ici aucune action de droit civil : faut-il donner une action *in factum* ? c'est une question sur laquelle on peut hésiter, dit-il. Mais à coup sûr il y aura lieu à l'action de dol.

Tant que je n'ai pas semé en conséquence de la permission que vous m'en avez accordée, la convention reste nue et sans garantie. Une fois le fonds ensemencé, elle rentre dans le *negotium facio ut des*. Ariston n'admet ici aucune action de droit civil, mais on peut examiner, dit-il, s'il n'y a pas lieu à une action *in factum* Qu'est-ce que cette action *in factum ?* Ce n'est évidemment ni l'action *præscriptis verbis*, qui est de droit civil; ni une action *in factum* contractuelle, vous savez déjà pourquoi (1). Ariston repousse donc ici l'idée d'un contrat ; et Pomponius, qui conclut à l'action *de dolo* sans nous dire si telle était aussi la conclusion d'Ariston, repousse également cette idée. Faut-il induire de là d'une manière absolue qu'aux yeux de

(1) Voir ci-dessus pages 53 et 54.

ces deux jurisconsultes les *negotia facio ut des* fussent tous indistinctement relégués en dehors des contrats ? Cette conclusion me paraît très-vraie en général (1), mais il y aurait quelque témérité à affirmer qu'aucun de ces *negotia* n'eût trouvé grâce devant eux, nul texte n'établissant que leur doctrine fût absolue, ni qu'elle comportât des exceptions. Ce serait toutefois une exagération bien plus grave, ce serait une véritable erreur, que de chercher à expliquer la décision de notre texte comme purement exceptionnelle et ne se rattachant pas à une théorie plus générale sur le *negotium facio ut des*. On pourrait bien, je le sais, faire remarquer que la convention ici prévue est purement gratuite ; que le fait de l'ensemencement est la condition préalable et nécessaire de la production des fruits que je dois recueillir ; et qu'en conséquence ce fait profite à moi seul qui l'accomplis, à moi qui dois recueillir les fruits. D'où l'on conclurait que, si l'idée de contrat est rejetée ici, c'est qu'Ariston et Pomponius, n'admettant pas que la donation revête jamais le caractère de contrat (L. 18, pr. de donat. XXXIX, 5), se déterminent exclusivement par l'analogie de notre convention avec une donation. Mais c'est justement cette conclusion que je repousse ; elle tombe devant la décision de notre loi 16, pr., où il s'agit aussi d'une convention gratuite. Le rapprochement des deux textes prouve bien que pour Pomponius le *negotium facio ut des* diffère en lui-même du *negotium do ut facias*.

J'ajoute une seule observation : d'après les explica-

(1) Elle résulte des développements donnés ci-dessus, pages 44, 53 et s. et sur la loi 5 § 3.

tions données sur le *principium* de notre texte, l'action *de dolo* ferait place ici à l'action *ad exhibendum*, si vous supposiez que les fruits ont déjà été séparés, et que le propriétaire qui ne s'est pas opposé à la séparation s'oppose à l'enlèvement (1).

(1) Il faut donc donner ici au mot *tollere* la même signification que précédemment dans la loi 34, de dol. mal.

16e CONFÉRENCE.

La loi **17** va nous occuper seule aujourd'hui.

L. 17, pr. (Ulpianus, lib. XXVIII ad edictum). Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? Et Vivianus ait posse, sed est tutius præscriptis verbis agere.

Si je vous ai concédé le droit d'habiter gratuitement, puis-je intenter contre vous l'action de commodat? D'après Vivien, je le puis. Mais il est plus sûr d'agir *præscriptis verbis*.

Est-ce de la servitude personnelle d'habitation qu'il s'agit ici? La nature même de la question posée par le jurisconsulte implique une réponse négative. Il s'agit, en effet, de savoir si celui qui a concédé le droit d'habitation gratuite peut demander la restitution de sa chose par l'action *de commodat*. Or ceci suppose que le droit concédé se résout en une simple créance.

D'après le jurisconsulte Vivien, l'action *de commodat* serait valablement intentée. Et Ulpien qui rapporte cette opinion ne la critique pas précisément. Mais il conseille, comme plus sûre, l'action *præscriptis verbis*. S'il n'est pas certain, en effet, que la concession gratuite d'une habitation constitue un commodat, bien plus certainement elle ne rentre dans aucun autre contrat nommé. La divergence des décisions de Vivien et d'Ulpien s'explique à merveille par une autre divergence qu'Ulpien nous atteste dans un texte tiré comme le nôtre du vingt-huitième livre de son commentaire sur l'édit (L. 1, § 1, commod. XIII, 5).

Labéon avait distingué entre le commodat, selon lui exclusivement appliquable aux meubles, et l'*utendum datum* appliquable aussi aux immeubles. Le premier était l'espèce, le second le genre. Soit que cette distinction portât sur le fond des choses ou seulement sur les qualifications, il est certain que l'on admit de bonne heure l'application du commodat à toute espèce de biens, meubles ou immeubles. Mais Vivien, allant au-delà de la doctrine commune, voulait que l'habitation pût aussi faire l'objet d'un commodat. Ulpien nous présente cette opinion comme purement personnelle à Vivien. Aussi quand nous voyons dans l'hpothèse de notre texte ce dernier jurisconsulte seul encore donner l'action de commodat, il faut reconnaître là une déduction très-logique de cette opinion personnelle. Et Ulpien ne se montre pas moins conséquent avec lui-même, lorsque, soit qu'il repousse le point de vue de Vivien, soit plutôt qu'il le considère comme simplement douteux et en fait comme rejeté par tout le monde, il recommande de préférence l'action *præscriptis verbis*.

Reste à nous demander pourquoi les jurisconsultes se refusèrent à admettre que l'habitation pût faire l'objet d'un commodat. Une maison le peut sans aucun doute. Or, livrer une maison à titre de commodat, ou concéder gratuitement le droit d'habiter une maison, quelle différence pouvait-on établir entre ces deux hypothèses? Si je ne me trompe, la voici : et vous allez voir qu'elle est infiniment subtile. Si je vous livre une maison pour en faire un usage déterminé, par exemple pour y entreposer des marchandises, y établir un comptoir, ou pour en faire tel autre usage que vous voudrez, ce qui comprend le droit de l'habiter, sans nul doute cette

tradition faite gratuitement formera un commodat. Mais si je vous concède simplement l'habitation, je suis réputé bien moins vous avoir donné l'usage de ma chose que vous avoir permis d'exercer sur elle une faculté personnelle. Or, l'exercice d'une faculté ne saurait faire l'objet de la tradition indispensable à la formation du commodat. Je le répète, c'est là une différence ténue, qui existe dans les mots plus que dans les choses; et je m'étonne que l'opinion si raisonnable de Vivien soit demeurée sans écho.

§ 1 Si margarita tibi æstimata dedero ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde hæc perierint ante venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi præstes. Actio autem ex hac causa utique erit præscriptis verbis.

Si je vous ai donné des perles sur estimation, en convenant que vous me rendriez ou les perles elles-mêmes, ou la valeur estimative, et que plus tard avant d'avoir été vendues elles périssent, qui est-ce qui supporte les risques? Labéon décide, et tel est aussi le sentiment de Pomponius, que si c'est moi vendeur qui ai pris l'initiative du contrat, la perte sera pour moi; que si l'initiative vous appartient, la perte tombera à votre charge; que si, enfin, nous nous sommes bornés à consentir sans que ni l'un ni l'autre ait provoqué la convention, vous répondrez seulement de votre dol et de votre faute. Quant à l'action à donner dans cette espèce, ce sera toujours l'action *præscriptis verbis*.

Je vous confie des perles pour les vendre, et nous convenons que vous me rendrez ou les perles elles-mêmes ou une estimation sur laquelle nous sommes d'accord. Il s'agit d'abord de savoir jusqu'où s'étend votre responsabilité. Le jurisconsulte distingue trois hypothèses bien simples :

1° Si la convention n'a été provoquée ni par vous ni par moi; si, par exemple, je faisais appel aux services du premier venu, et que sur cet appel, porté d'une manière quelconque à votre connaissance, vous soyez

venu vous présenter à moi, comme le contrat nous intéresse l'un et l'autre, vous répondrez de votre dol et de votre faute sans être soumis aux risques de la perte fortuite. Cette décision n'est que l'application du droit commun.

2° Si c'est moi qui suis allé vous chercher, le risque des cas fortuits ne vous incombe pas non plus. Mais en outre, il parait bien entrer dans la pensée du jurisconsulte que vous répondrez seulement du dol, sans quoi il n'eût pas pris la peine de distinguer cette hypothèse de la précédente. Cette décision se motive assez bien d'ailleurs sur cette considération que visiblement le contrat m'intéresse plus que vous, et c'est pourquoi j'ai tacitement consenti à restreindre votre responsabilité.

3° Si enfin c'est vous qui spontanément m'avez offert vos services, si c'est vous qui m'avez déterminé à contracter quand peut-être j'y résistais, quand tout au moins je n'y songeais pas, vous répondrez même des cas fortuits. C'est sous cette condition que je suis réputé avoir accepté vos services que je ne sollicitais pas et dont je pouvais me passer.

Ces décisions, très-raisonnables en elles-mêmes, très-conformes à l'intention vraisemblable des parties, se retrouvent, les deux dernières expressément, la première implicitement, dans les sentences de Paul (II, 4, § 4) (1). Mais ne rencontrent-elles pas une contradiction dans la loi 1, § 1, *de æstim*, (XIX, 3) (2)? D'après

(1) Voici le texte de Paul: Si rem æstimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit, si quidem ego te de vendenda rogavi, meo periculo erit; si tu me provocasti, tuo periculo erit.

(2) L. 1 § 1, de æstim. Æstimatio autem periculum facit ejus qui suscepit;

ce texte, les risques incomberaient toujours au débiteur obligé de rendre ou la chose elle-même, ou l'estimation. Or, c'est bien aussi l'alternative contenue dans l'obligation que prévoit notre loi 17, § 1 ; et pourtant, comme vous venez de le voir, elle n'impose pas absolument les risques au débiteur. Selon moi, il faut écarter sans hésitation l'idée d'une divergence entre les textes (1). Il faut dire que si la loi 1, § 1, *de æstim.* et la généralité des textes relatifs à l'*æstimatum* paraissent imposer sans distinction les risques au débiteur, c'est que ces textes, conçus à un point de vue pratique, n'envisagent que l'hypothèse la plus ordinaire, la seule vraiment usuelle. Dans l'usage, en effet, quand un particulier veut vendre sa chose, il la vend presque toujours lui-même ; et réciproquement, il n'est pas fréquent non plus qu'un particulier se fasse l'agent des ventes qu'une autre personne veut consentir. Je suis donc convaincu que le contrat estimatoire intervenait spécialement entre des marchands qui ne demandaient qu'à écouler leurs marchandises et des personnes faisant profession de vendre pour le compte d'autrui, et cherchant dans ces ventes l'occasion d'un léger bénéfice. Ces industriels, pareils aux gens qui chez nous font la place pour des négociants, s'appelaient *circitores*. (L. 5, § 4, de Instit. XIV, 3). Comme l'indique cette dénomination expressive, ils circulaient çà et là, colportant et montrant les marchandises qu'on leur avait confiées, n'oubliant

aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut æstimationem de qua convenit.

(1) Cela est d'autant plus certain que la loi 1, de æstim. appartient à Ulpien, comme le texte que nous expliquons, et qu'elle est tirée également du commentaire sur l'édit.

pas surtout d'en exagérer la qualité et le bon marché; enfin, passez-moi cette expression triviale, faisant l'article, habiles à exploiter ou à faire naître le désir d'acheter. Bien évidemment, ces *circitores*, gens d'ordinaire peu aisés, offraient leurs services plus qu'on ne les leur demandait; et le marchand qui les employait, ne les connaissant pas ou les connaissant trop, donc peu rassuré sur leur prudence ou leur bonne foi, n'osait pas leur confier purement et simplement ses marchandises. Il ne leur disait pas : « Vendez et rapportez-moi, quel qu'il soit, le prix de vente. » Il les liait donc par une estimation légèrement inférieure à la véritable valeur vénale de la chose. Il garantissait ainsi ses propres intérêts, et laissait au *circitor* l'espérance de bénéficier de l'excédant du prix, s'il réussissait à vendre au-dessus de l'estimation. C'était une manière de ne le payer qu'en raison directe de l'activité et du succès de ses démarches. En retour des avantages que ce contrat offrait au *circitor* qui l'avait sollicité, et en même temps comme garantie contre ses étourderies ou ses fraudes, les risques lui étaient imposés par interprétation de la volonté du *tradens*. Ainsi conçu, l'*estimatum* prend un caractère éminemment pratique. Nous nous expliquons que des textes assez nombreux se réfèrent à ce contrat, qu'un titre spécial y soit consacré, enfin qu'il paraisse avoir figuré parmi les contrats innommés les plus anciennement et les plus universellement admis.

Dans les trois hypothèses de notre § 1, sans distinguer si l'initiative appartient à l'une des parties et à laquelle, Ulpien donne au *tradens* l'action *præscriptis verbis*. En effet, on ne voit pas dans quelle classe de contrats nommés il serait possible de ranger l'*æstimatum*. Nous

avons vu déjà que ce n'est ni un mandat ni une société (1). Pourrait-on y voir une vente? Non; autre chose est d'acheter, autre chose d'être chargé de vendre. L'idée de louage du moins ne serait-elle pas admissible? Mais la *merces* fait défaut. Le salaire de la personne chargée de vendre n'est pas déterminé et peut-être sera nul. Est-ce à dire que la convention d'un salaire suffirait à écarter l'action *præscriptis verbis*? Non (L. 2, de æstim. XIX, 3). Et si vous en cherchez la raison, c'est que l'on pourrait toujours hésiter sur cette question: Les parties ont-elles voulu contracter une *locatio operis faciendi* ou une *locatio operarum* (2). La première interprétation assignerait le rôle de *locator* au propriétaire de la chose; la seconde lui donnerait le rôle de *conductor*. On ne verrait donc pas bien clairement s'il doit prendre l'action *locati* ou l'action *conducti*. Or nous savons déjà qu'en présence d'un contrat nommé sur la qualification et la sanction duquel on hésite, c'est par le recours à l'action *præscriptis verbis* qu'on tranche la difficulté (L. 1, § 1, h. t.).

L. 17 § 2. Papinianus libro octavo quæstionum scripsit: si rem tibi inspiciendam dedi, et dicas te perdidisse, ita demum mihi præscriptis verbis actio competit si ignorem ubi sit; nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum,

Papinien au livre huit de ses questions écrit: Si je vous ai donné une chose pour l'examiner, et que vous prétendiez l'avoir perdue, l'action *præscriptis verbis* ne me compète que si j'ignore où elle est; car si j'ai la certitude qu'elle est chez vous, je puis

(1) Voir ci-dessus page 264. Les explications qui viennent d'être données sur les *circitores* montrent bien que l'intention de contracter une société devait être tout-à-fait rare en cas d'*æstimatum*.

(2) La loi 1, pr. de æstim. nous dit que l'on a douté si celui qui livre une chose sur estimation et pour la vendre, devait être tenu pour vendeur, pour *locator*, pour *conductor* ou pour mandant. L'intervention d'une *merces* supprime bien sûrement la possibilité d'un mandat. Mais elle rend plus douteuse la question de savoir si le *tradens* est *locator* ou *conductor*.

vel condicere, vel ad exhibendum agere. Secundum hæc, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

exercer l'action *furti*, la condiction ou l'action *ad exhibendum*. En conséquence, si j'ai remis une chose à quelqu'un pour l'examiner soit dans son propre intérêt, soit dans notre intérêt commun, je dis que cette personne, précisément parce qu'elle est intéressée, répondra de son dol et de sa faute, mais non des cas fortuits. Si au contraire la remise a été faite dans mon intérêt exclusif, elle ne répondra que de son dol, parce qu'alors le contrat ressemble au dépôt.

Je vous ai remis une chose pour l'examiner. Deux questions se présentent : 1° Quelle action me donnera-t-on pour obtenir la restitution? Ulpien reproduisant une décision de Papinien distingue si l'*inspector* commet ou non un *furtum* en ne restituant pas. Je ne reviens pas sur cette distinction que je vous ai déjà expliquée (1), et dans laquelle nous avons reconnu une véritable exagération du caractère subsidiaire de l'action *præscriptis verbis*. 2° Quelle sera la responsabilité de l'*inspector*, supposé non coupable de *furtum*, par conséquent obligé en vertu d'un contrat *facio ut facias?* Ulpien répond par une distinction très facile à saisir et pleinement conforme aux principes généraux en matière de responsabilité contractuelle. La convention a-t-elle été conclue dans l'intérêt commun des deux parties ou dans l'intérêt exclusif du débiteur? Il répond de son dol et de sa faute. A-t-elle été conclue dans l'intérêt du créancier seul? Le débiteur ne répond plus que de son dol, ce qui comprend, vous le savez, la *culpa lata*, toujours assimilée au dol (L. 1, § 5, de obl. et act. XLIV, 7).

De cette distinction découle la conséquence suivante :

(1) Voir ci-dessus page 92.

la chose est-elle volée par un tiers entre les mains de l'*inspector* responsable seulement de son dol? C'est au propriétaire que compète l'action *furti*. Est-elle volée entre les mains de l'*inspector* tenu même de sa faute? A lui-même appartient alors l'action *furti*, parce que dans ses rapports avec le propriétaire il répond du *furtum*, que je suppose imputable à sa négligence, par conséquent commis sans violence. Telle est la décision de Papinien (L. 78, de furt. XLVII, 2) (1).

Notre § 2 provoque une observation également applicable au § 1. Vous savez que, dans les actions *stricti juris*, le débiteur ne répond jamais que de la faute *in committendo*, et que sa responsabilité est réglée d'une manière invariable. Or, ici vous voyez qu'il peut être tenu de sa simple négligence et que parfois au contraire il ne répond que de son dol. Cette sévérité et cette indulgence, en un mot, cette élasticité dans le jeu des règles de la responsabilité, ne vous prouvent-elles pas que nous avons eu raison de reconnaitre à l'action *præscriptis verbis* le caractère constant d'action de bonne foi?

L. 17 § 3. Si quum unum bovem haberem, et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei, et ille mihi bovem

Si, alors que j'avais un seul bœuf, et mon voisin un seul aussi, il a été convenu que je lui prêterais le mien pendant dix jours et qu'il me prêterait

(1) Rem inspiciendam quis dedit; si periculum spectet eum qui accepit, ipse furti agere potest.

Ce texte appartient, comme la loi 1 de notre titre, au huitième livre des questions de Papinien, celui auquel Ulpien emprunte les décisions que je viens d'analyser. Il est donc bien évident que le jurisconsulte examinait l'hypothèse sous toutes ses faces et dans toutes ses conséquences. Les commissaires de Justinien ont démembré tout ce passage et en ont dispersé les débris.

commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum præscriptis verbis agendum est.

le sien pour un temps égal, cela en vue d'exécuter un travail; puis, que l'un des bœufs vienne à mourir chez le propriétaire de l'autre, il n'y a pas lieu à l'action de commodat, parce que la convention n'a pas été gratuite; mais il faut agir *præscriptis verbis*.

Gaius atteste que de son temps on discutait encore d'une manière générale sur le caractère de la convention par laquelle je vous donne l'usage de ma chose pour avoir l'usage de la vôtre (Gaius III, § 144). Quelques jurisconsultes y voyaient un louage, doctrine certainement inadmissible, puisque le louage exige comme condition essentielle une *merces certa* consistant en argent. Ce point de vue, tout à fait analogue à celui sous lequel les Sabiniens considéraient l'échange, avait sans doute été définitivement repoussé dès avant l'époque d'Ulpien, puisque notre texte n'y fait pas la moindre allusion. D'autres jurisconsultes, c'est ce qui résulte de ce § 3, voulaient faire rentrer notre espèce dans le commodat, et c'est à eux seulement qu'Ulpien prend la la peine de répondre : il leur oppose cette raison, certainement très-décisive, que là où la gratuité manque, le commodat manque aussi. Et de fait, le caractère onéreux de la convention rapportée en notre texte rend l'idée d'un commodat tout d'abord bien plus incompréhensible et bien plus inacceptable que celle d'un louage. Probablement, on arrivait à cette idée par une décomposition de l'opération. Une personne me livre gratuitement son bœuf pour labourer mon champ, voilà un commodat sans doute. Que si quelque temps après, par une convention nouvelle, je lui livrais à mon tour mon bœuf pour labourer son champ, ce serait bien aussi un commodat. Eh bien! on voulait traiter la convention

qui nous occupe, convention complexe et intéressée de part et d'autre, comme s'il y avait eu deux conventions distinctes et successives, chaque partie étant intéressée dans l'une et désintéressée dans l'autre. On voulait voir ici deux commodats compris dans une seule convention, tout de même que dans deux espèces précédemment étudiées (L. 5, § 4, h. t.), on avait essayé de voir deux mandats dans une seule opération. Mais ce point de vue méconnait l'intention des parties ; il scinde ce qu'elles n'ont pas voulu scinder ; il substitue à leur but évident, qui est un échange de services intéressés, la pensée réciproque de rendre un bon office gratuit et d'en recevoir un autre. C'est pourquoi Ulpien rejette l'idée d'un commodat pour ne voir dans l'espèce que deux services réciproques dont l'un est la condition de l'autre. La doctrine d'Ulpien a été reproduite aux Institutes de Justinien dans un texte très-complet (§ 2, de loc. et cond. III, 24). Car il nous signale les deux tentatives faites pour assimiler notre hypothèse au louage d'abord, ensuite au commodat.

De cette décision il faut rapprocher une autre décision conforme du même jurisconsulte. Ulpien suppose (1) convenu entre deux copropriétaires d'un fonds qu'au lieu de partager la récolte de chaque année, ils auront chacun une année sur deux la jouissance

(1) L. 23, comm. divid (x, 3) : Si convenerit inter te et socium tuum ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum utrum ex conducto sit actio, an vero communi dividundo. Eadem quæstio est, et si socius qui convenerat ut alternis annis frueretur, pecus immisit, et effecit ut futuri anni fructus, quos socium percipere oportuit, corrumperentur. Et puto magis communi dividundo judicium quam ex conducto locum habere. Quæ enim locatio est, quum merces non intercesserit? Aut certe actionem incerti civilem reddendam.

exclusive du fonds. Puis, l'un des copropriétaires, ayant joui pendant son année, s'oppose l'année suivante à la perception des fruits par l'autre ; ou encore, il dégrade le fonds, et par là supprime les chances d'une bonne récolte. De quelle action sera-t-il tenu ? Ulpien repousse l'action *conducti*, parce qu'il n'y a pas de *merces certa* consistant en argent. Mais l'action *communi dividundo* ne serait-elle pas admissible? D'une part, en effet, cette action comprend, d'après le droit commun, les obligations nées de ce que l'un des propriétaires aurait seul, et en dehors de toute convention, perçu les fruits, ou de ce qu'il aurait dégradé la chose (§ 3, de oblig. quæ quasi ex contr. III, 27). D'autre part, elle tend à faire observer toutes les conventions que les copropriétaires ont pu faire sans fraude à l'occasion de la chose commune (L. 3, § 1, comm, divid. x, 3). Aussi Ulpien déclare-t-il l'action *communi dividundo* bien préférable à l'action *conducti*. Tout au moins, ajoute-t-il, l'action *præscriptis verbis* devra être donnée. Quel est le sens de ces mots ? Signifient-ils que, dans l'opinion personnelle d'Ulpien, l'action *communi dividundo*, quoique préférable à l'action *conducti*, doit elle-même être rejetée ? je ne le pense pas. L'action *communi dividundo* tend essentiellement à obtenir un partage : elle comprend, comme simple accessoire, les obligations nées directement ou indirectement de l'indivision, mais elle ne saurait être intentée dans le but unique de faire sanctionner ces obligations. Si donc dans notre espèce la partie lésée ne veut pas demander le partage, si peut-être une convention l'en empêche temporairement (L. 14, § 2, comm. divid.), elle recourra à l'action

præscriptis verbis, comme elle recourrait à l'action *pro socio* s'il existait un contrat de société. Cette décision satisfait l'équité beaucoup mieux que celle qui, n'admettant que l'action *communi dividundo*, obligerait le copropriétaire à demander un partage auquel il ne tient pas pour le moment, ou, ce qui serait pis, le laisserait sans action par la nécessité de respecter une convention prohibitive du partage.

Vous remarquerez que cette hypothèse, tout en ressemblant à celle de notre loi 17, § 3, puisqu'elle a provoqué comme cette dernière une tentative d'assimilation au louage, s'en sépare néanmoins par une différence assez profonde : C'est qu'elle ne rentre pas seulement dans le *negotium facio ut facias*, elle participe aussi du *negotium do ut des*. Les fruits d'un fonds commun sont communs eux-mêmes : or lorsque par ma volonté vous percevez seul la récolte d'une année, vous en devenez propriétaire exclusif. Je vous donne donc quelque chose, et cela pour que vous me donniez votre part dans la récolte suivante. Ce texte vous prouve donc, et ceci ressortait déjà de la loi 13 § 1, que la même hypothèse peut rentrer à la fois dans deux des quatre types étudiés par Paul (L. 5, h. t.). La pratique réunit quelquefois ce que l'analyse peut et doit séparer.

L. 17 § 4. Si quum mihi vestimenta venderes, rogavero ut ea apud me relinquas ut peritioribus ostenderem, mox hæc perierint vi ignis, aut alia majore, periculum me minime præstiturum; ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.

Si, alors que vous me vendiez des vêtements, je vous ai demandé de les laisser chez moi afin de les montrer à des connaisseurs, puis que ces vêtements aient péri par le feu ou par une autre force majeure, les risques ne tombent pas sur moi; par où l'on voit que je suis obligé à la *custodia*.

Vous voulez me vendre des vêtements. Mauvais con-

naisseur, je vous prie de me les laisser pour les montrer à des personnes plus entendues qui me donneront leur avis. Vous me les laissez. Ils périssent par le feu ou autre cas de force majeure. Les risques pèsent-ils sur moi ? Non. La décision du jurisconsulte prouve bien clairement que, dans l'espèce, il n'y a pas encore de vente conclue, il n'y a qu'une vente projetée.

Comment expliquer les derniers mots du texte, *ex quo apparet*, etc. ? Je ne réponds pas des cas de force majeure, donc je dois la *custodia ;* ce serait un raisonnement peu sûr : car tel débiteur ne répond pas de la force majeure, et pourtant ne doit pas la *custodia*. La pensée que le jurisconsulte exprime sous une forme un peu laconiqne me paraît être celle-ci : Si le débiteur ne répondait pas de la *custodia*, c'est-à-dire de la faute légère appréciée *in abstracto*, il n'y aurait pas même lieu d'examiner, comme je le fais, si le risque des cas fortuits lui incombe. Qui ne répond pas de sa faute légère, à plus forte raison échappe à la responsabilité des cas fortuits.

Si donc la chose périssait par la faute du débiteur, de quelle action serait-il tenu ? Le jurisconsulte ne pose pas même la question. Mais il n'est pas douteux que, tout contrat nommé faisant défaut dans l'espèce, l'action *præscriptis verbis* sera seule possible.

L. 17 § 5. Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori, præscriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat. Quemadmodum enim rei nomine, cujus neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti ? Plane si inhonesta causa sponsio-

Si par suite d'un pari des anneaux ont été déposés entre les mains d'une personne, et qu'elle ne les restitue pas au gagnant, l'action *præscriptis verbis* compète contre elle. Et en effet, il est impossible d'admettre l'opinion de Sabinus qui donne ici l'action *furti* et la *condictio*. Comment, en effet, le gagnant agirait-il pour cause de *furtum*, à l'occasion d'une chose dont

nis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.

il n'a jamais eu ni la possession ni la propriété? Mais sans nul doute, si le pari repose sur une cause honteuse, le gagnant ne répètera que son propre anneau.

C'est une question discutée, et dont l'examen développé nous ferait sortir de notre cadre, que de savoir si la loi romaine autorisait le pari en principe (1). Deux points sont certains : le pari était prohibé, toutes les fois qu'il intervenait à l'occasion d'un jeu lui-même prohibé; il était licite, toutes les fois qu'il intervenait à l'occasion d'un jeu permis. (L. 2, § 1. — L. 3, de aleat. XI, 5). Hormis ces cas, c'est-à-dire quand le pari intervenait en dehors de toute espèce de jeu, était-il prohibé en droit romain, comme il l'est certainement chez nous depuis la promulgation du Code civil (art. 1965)? On a voulu conclure de notre texte, conçu en termes généraux, qu'en principe le pari était licite à Rome. Je n'entends pas, je le répète, traiter la question; je veux seulement vous faire remarquer que notre texte ne la résout et ne l'implique résolue ni dans un sens ni dans l'autre. Il suppose d'abord un pari valable, le gagnant aura action. Il suppose ensuite un pari non-valable, le gagnant n'aura pas d'action. Mais il ne trace pas la règle d'après laquelle nous distinguerons les paris valables et les paris nuls.

Donc deux personnes, à la suite d'un pari valable, déposent chacune un anneau d'or entre les mains d'un tiers chargé de restituer les deux anneaux au gagnant.

Supposons d'abord que le pari repose sur une cause honnête et licite. Par quelle action le gagnant deman-

(1) Voir sur cette question la savante et spirituelle lettre de M. Pilette *sur le jeu et le pari*. (Revue pratique. T. XIV, p. 465. — T. XV, p. 215 et 441).

dera-t-il les deux anneaux? Il agira certainement par l'action *præscriptis verbis*, quant à l'anneau déposé par son adversaire; mais non peut-être quant au sien. Le texte ne formule pas cette distinction : d'une part, il semble accorder d'une manière générale l'action *præscriptis verbis;* mais d'autre part, et c'est là ce qui permet au moins le doute, les motifs exprimés par Ulpien ne s'appliquent certainement qu'à l'anneau du perdant. La démonstration de ce dernier point est facile.

Sabinus, nous dit Ulpien, avait cru devoir admettre ici la *condictio furtiva* et l'action *furti*. Il considérait le dépositaire des anneaux comme commettant un *furtum*, par cela seul qu'il ne les restituait pas. A cette manière de voir, Ulpien oppose un principe bien connu : c'est que pour avoir l'action *furti*, il ne suffit pas de pouvoir invoquer un intérêt ; encore faut-il que cet intérêt se rattache soit à un droit de propriété, soit au moins à une possession. Or, le gagnant, dans notre espèce, n'a jamais été ni propriétaire ni possesseur. Il est bien évident que cette observation du jurisconsulte serait aussi fausse à l'égard de l'anneau déposé par le gagnant qu'elle est vraie à l'égard de l'anneau déposé par le perdant. De ce dernier seul le gagnant n'a jamais eu ni la propriété ni la possession (1).

1365

(1) Cujas signale dans le texte d'Ulpien la prétendue inutilité du mot *dominium*. Ce n'est pas au propriétaire, dit-il, mais au possesseur que l'action *furti* compète. Il suffisait donc de mentionner la possession. Je ne partage pas son avis. D'abord il est probable que le jurisconsulte veut montrer tout à la fois l'impossibilité de l'action *furti* et de la *condictio furtiva*. La première est impossible parce que le gagnant n'avait pas même la possession, la seconde parce qu'il n'avait pas la propriété. Qu'on ne s'appuie pas sur l'expression *aget furti* pour soutenir que le texte se référerait exclusivement à l'action *furti*. Il n'est pas sans exemple que les jurisconsultes emploient cette expression à propos de la *condictio furtiva* (L. 71, pr. de furt. XLVII, 2).

Que conclure de là? Qu'il demandera l'anneau du perdant par l'action *præscriptis verbis*; qu'à l'égard du sien il exercera l'action *furti* et la *condictio furtiva*. Voici donc la pensée d'Ulpien : Tandis que Sabinus donnait sans distinction les actions résultant du *furtum*, Ulpien les rejette pour un cas, les admet pour l'autre. Fort probablement, cette distinction était exprimée dans le texte original du jurisconsulte; mais Justinien l'aura effacée, voulant donner dans tous les cas l'action *præscriptis verbis*, et ne prenant pas garde que la décision d'Ulpien devenue générale ne concordait plus avec la suite du texte. Je me hâte d'ajouter que la doctrine de Justinien me paraît incontestablement plus pratique et plus logique que celle d'Ulpien. Elle est plus pratique ; car au lieu de deux poursuites pour obtenir les deux anneaux, une seule suffira. Elle est plus logique aussi : non que je nie que le défaut de restitution des anneaux puisse, selon les circonstances, contenir les éléments d'un *furtum*; mais sans doute le tiers dépositaire serait obligé quand même il ne commettrait pas de *furtum*, il serait obligé *ex contractu*. Comment donc le *furtum* peut-il dissoudre un lien contractuel? Comment les actions nées du *furtum* peuvent-elles exclure l'action *præscriptis verbis*? Evidemment, nous retrouvons ici comme dans l'espèce de notre loi 17, § 2, une exagération du caractère subsidiaire de cette action.

Je traduis donc ainsi : il agira à raison du *furtum*, il intentera les actions nées du *furtum*. En outre, je crois inexact de dire que l'action *furti* n'appartient jamais au propriétaire à raison de son droit même de propriété (L. 80, § 1, de furt.). La vraie formule me paraît celle-ci : l'action *furti* appartient, en règle, au propriétaire. Quand elle appartient à un autre, c'est toujours à une personne qui avait ou la possession *animo domini* ou au moins la détention physique de la chose.

Reste à voir si l'action *depositi* n'aurait pas pu être admise ici. Ne comparerait-on pas très-exactement la remise des deux anneaux à un séquestre, c'est-à-dire à un dépôt fait par plusieurs personnes et restituable à l'une d'elles sous une condition déterminée (L. 6, deposit. XVI, 3)? A l'égard de l'anneau du perdant, nul doute : il n'a pas été déposé par le gagnant. Mais la même raison n'existe pas quant à l'anneau qui appartient à ce dernier; et ici des interprètes éminents, Doneau entr'autres, n'ont pas hésité à admettre l'action *depositi* (1). Je ne crois pas cette opinion conforme aux principes de la matière : L'action *depositi* ordinaire est inadmissible, parce que dans l'espèce il n'y avait pas dépôt pur et simple, restituable à volonté, mais seulement *sub certa conditione*. Quant à l'action *depositi sequestraria*, celle que Doneau admet ici, je ne la comprends pas mieux. Le séquestre est un dépôt fait par deux personnes au moins (2). Or, l'anneau du ga-

(1) Doneau a nettement vu qu'Ulpien distinguait entre les deux anneaux. Mais il n'a pas aperçu l'explication que j'ai cru pouvoir proposer. Et il a pensé que soit dans la doctrine d'Ulpien, soit dans celle de Justinien, l'action *depositi sequestraria* était seule possible à l'égard de l'anneau du perdant, tandis que, selon moi, ni Ulpien ni Justinien n'ont songé ici à cette action.

(2) On pourrait argumenter, pour soutenir que le séquestre peut être l'œuvre d'un seul, de la loi 9 § 3, de dol. mal. (IV, 3). Voici comment s'exprime Ulpien, son auteur : » Labeo libro trigesimo septimo Posteriorum » scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et *tu hoc oleum de-* » *posueris* apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos » dijudicetur, cujus oleum esset, neque Titius velit judicium accipere, quo- » niam neque mandati, neque sequestraria Seium convenire potes, nondum » impleta conditione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed » Pomponius libro vicesimo septimo, posse cum sequestre præscriptis ver- » bis agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo; quæ distinctio vera » esse videtur. »

On pourrait raisonner ainsi : Le dépôt dans l'espèce est l'œuvre d'une seule personne. Seulement il doit être restitué, non pas certainement au déposant, mais à lui ou à une autre personne *sub certa conditione*. Et il est

gnant n'a pas plus été déposé par le perdant que l'anneau du perdant par le gagnant. Chacun a déposé son propre anneau; puis l'un et l'autre sont convenus entr'eux et avec le dépositaire que les deux anneaux seraient restitués au seul gagnant.

Passons au cas fort simple où le pari dériverait d'une cause illicite. Ici Ulpien se contente de dire que le gagnant répétera seulement son anneau ; c'est donc que le perdant peut répéter aussi le sien. Mais le jurisconsulte ne s'explique pas sur l'action qu'il faut leur donner. Et je n'hésite pas à admettre l'action *depositi* ordinaire. En effet, abstraction faite de la convention absolument nulle par laquelle le tiers s'est engagé à restituer au gagnant, il reste dans notre espèce deux dépôts qui par le fait ont toujours été purs et simples, restituables à première réquisition. Ajoutez que, du moins dans le droit de Justinien, et quoiqu'il y ait *turpitudo et dantis et accipientis*, si les deux anneaux avaient été restitués au gagnant, le perdant serait encore admissible à lui redemander le sien (L. 1, de aleat. C. III, 43).

visible que si le jurisconsulte refuse l'action *depositi sequestraria*, c'est uniquement parce que la condition n'est pas accomplie. Il la donnerait donc, si la condition se fût réalisée. D'où il faut conclure que le séquestre n'est pas nécessairement l'œuvre de plusieurs personnes. Ainsi entendu, ce texte contredirait la loi 6, depositi. Pour moi je n'hésite pas à croire que le jurisconsulte suppose le dépôt fait en vertu d'une convention entre les deux parties qui se disputent la propriété de l'huile. C'est seulement la remise matérielle qui est faite par le détenteur seul; mais le dépôt lui-même doit être considéré comme l'œuvre des deux plaideurs, l'un et l'autre prétendant droit sur la chose.

Ce texte a déjà été analysé à un autre point de vue (pages 44 et 45).

17e CONFÉRENCE.

L'hypothèse à laquelle nous arrivons présente beaucoup d'analogie avec celle de la loi 17 § 5; et elle met en relief le motif pour lequel, à propos de cette dernière, j'ai cru pouvoir nier absolument la possibilité d'agir par l'action *depositi sequestraria*.

L. 18 (Ulpianus lib. XXX ad edictum). Si apud te pecuniam deposuerim, ut dares Titio, si fugitivum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit, si pecuniam mihi non reddas, melius est præscriptis verbis agere; non enim ambo pecuniam ego et fugitivarius (1) deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum.

J'ai déposé de l'argent entre vos mains pour que vous le remissiez à Titius, s'il ramenait mon esclave fugitif. Il n'a pas ramené l'esclave, et c'est pourquoi vous ne lui avez pas remis l'argent. Si vous ne me le rendez pas, le meilleur pour moi est d'intenter l'action *præscriptis verbis*. En effet, le dépôt n'a pas été fait ensemble par celui qui poursuivait l'esclave et par moi, de manière à ce qu'on puisse voir ici une sorte de séquestre.

Notre texte explique très-clairement pourquoi l'action *depositi sequestraria* doit être écartée dans l'espèce prévue. C'est que le dépôt, quoique fait *sub certa conditione*, n'a pas été l'œuvre de deux personnes. L'un des éléments essentiels du séquestre fait donc défaut (L. 6, depos. XVI, 2).

Mais pourquoi du moins ne pas donner l'action *depositi* ordinaire? Dans la réalité, pourrait-on dire,

(1) Le mot *fugitivarius* désigne ailleurs encore celui qui poursuit des esclaves fugitifs (Paul. sent. IV, bª § 1. Florus, lib. III, cap. 19). Mais on le trouve employé au Code Théodosien, dans une signification tout à fait inverse, pour désigner le receleur d'un esclave fugitif (L. 1, si vag. manc. pet. C. Th. X, 12).

Titius n'ayant pas ramené mon esclave, et en conséquence n'ayant jamais acquis le moindre droit à la somme placée entre vos mains, la situation est la même que si cette somme fût toujours restée à ma disposition et que vous en eussiez eu seulement la garde. Cette observation est vraie sans doute comme expression d'un résultat de fait. Mais je vous ai déjà fait observer que, pour apprécier la nature d'un contrat, il faut se placer au moment même de sa formation; il faut prendre en considération l'intention et le but des parties, au lieu de se décider par les événements ultérieurs qui pourraient empêcher la réalisation de ce but. Or, en vous remettant une somme d'argent pour la compter à Titius, s'il me ramenait mon esclave, il est clair que je n'ai pas entendu faire un dépôt pur et simple, un dépôt restituable à ma volonté. Aussi le jurisconsulte, qui rejette par un motif précis l'action *depositi sequestraria*, ne prend pas même la peine de nous dire pourquoi l'action *depositi* ordinaire ne serait pas admissible.

Ulpien se tait sur l'action qu'il faudrait donner au *fugitivarius* qui aurait réussi à ramener l'esclave. Et nous avons vu précédemment (1), pour le cas où la somme due n'aurait pas été déposée aux mains d'un tiers, que les jurisconsultes contemporains d'Ulpien ne donnaient généralement que l'action *de dolo;* à plus forte raison, dans notre espèce, devaient-ils s'arrêter à cette solution. Mais Ulpien qui admet l'action *præs-*

(1) Voyez ci-dessus l'explication de la loi 15 (page 200). Ce texte joint à notre loi 18 nous montre qu'il y avait des individus faisant métier de rechercher les esclaves fugitifs. Et c'est pourquoi, comme le remarque Ulpien, ils avaient l'habitude de se faire payer (L. 15). Si nous en jugeons par la multitude des textes relatifs aux *fugitivi*, ces industriels devaient rarement chômer.

criptis verbis contre le propriétaire de l'esclave, ne devait-il pas l'admettre aussi contre le tiers dépositaire de la somme? J'estime qu'il y a lieu de faire ici une distinction : s'il n'y a point eu de convention entre le *fugitivarius* et le tiers, l'action *præscriptis verbis* ne se conçoit pas. Elle ne saurait résulter de la convention faite par un tiers. Elle se conçoit fort bien, au contraire, quoi que le dépôt émane du propriétaire seul, si le *fugitivarius* est intervenu à la convention qui oblige le tiers à lui faire, le cas échéant, la restitution de la somme. En dehors de cette hypothèse, qui devait être la plus fréquente, les principes n'autorisent que l'action *de dolo* ou une simple action *in factum*.

L. 19, pr. (Ulpianus lib. XXXI ad edictum). Rogasti me ut tibi mutuos nummos darem : ego quum non haberem, dedi tibi rem vendendam ut pretio utereris ; si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, præscriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

Vous m'avez demandé de vous prêter de l'argent. Comme je n'en avais pas, je vous ai donné un objet pour le vendre et vous servir du prix. Si vous ne l'avez pas vendu, ou si l'ayant vendu vous n'avez pas reçu l'argent comme argent prêté, il est plus sûr, dit Labéon, d'intenter l'action *præscriptis verbis*, fondée sur ce que l'opération intervenue entre nous constitue un contrat d'une nature spéciale.

Il importe d'écarter d'abord une hypothèse qui présente avec celle de notre texte une ressemblance toute superficielle, mais qui, par sa nature et par les règles auxquelles elle est soumise, en diffère très-profondément. Si, lorsque vous me demandez un prêt d'argent, je vous livre une chose pour la vendre ; que nous estimions cette chose, et qu'il soit convenu que vous me rendrez, quoiqu'il arrive, le montant de l'estimation, vous êtes réputé emprunteur aussitôt la tradition reçue. Telle est la décision formelle des empereurs Dioclé-

tien et Maximien (L. 8, C. si cert. pet. IV, 2) (1). Il suit de là que vous êtes tenu de la *condictio certæ pecuniæ;* que les risques de la chose livrée vous incombent immédiatement; que les intérêts, s'ils ont été stipulés, commencent à courir dès la tradition; et que vous me devrez la valeur estimative, quand même vous auriez vendu la chose pour un prix inférieur.

Telle n'est pas l'hypothèse prévue par Ulpien. La chose que je vous livre pour la vendre n'a pas été estimée. Donc le *mutuum* ne pourra se former ni avant la vente ni au delà du prix de vente ; et la stipulation d'intérêts, que nous aurions faite, essentiellement subordonnée à la formation du *mutuum*, ne saurait produire dès à présent son effet. Laissant donc de côté ces deux points certains, nous devons examiner très-rapidement trois questions : 1° sur qui tombent les risques de la chose non encore vendue ? 2° à quel moment précis se formera le *mutuum* ? 3° Si le *mutuum* ne se forme jamais, quelle action donnerons-nous au créancier ?

Première question. — La chose venant à périr avant

(1) Le rescrit s'exprime ainsi : « Si pro mutua pecunia quam a creditore » poscebas, argentum vel jumenta vel alias species utriusque consensu æsti- » matas accepisti, dato auro pignori, licet ultra centesimam usuras stipu- » lanti spopondisti, tamen sors quæ æstimatione placito partium definita est, » et usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur. Nec quidquam » tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, » quo minus hujus quantitatis solutioni pareas. »

Trois décisions sont contenues dans ce texte : 1° Il y a *mutuum*, par cela seul que les choses livrées ont été estimées d'un commun accord, et que votre dette, dès le principe, a eu pour objet l'estimation seule. 2° Si des intérêts excédant le taux légal ont été stipulés, la stipulation est valable, mais jusqu'à concurrence seulement du taux légal. 3° Si enfin vous avez donné un gage au créancier, et que la valeur de la chose engagée n'égale pas le montant de l'estimation, cela ne vous autorise pas à prétendre que votre dette doive être réduite à la valeur du gage. Le gage tend à assurer l'efficacité du droit du créancier, mais ne saurait en restreindre l'étendue.

la vente, pour qui périra-t-elle ? En d'autres termes, le débiteur sera-t-il libéré par la preuve du cas fortuit ? Ou bien restera-t-il tenu jusqu'à concurrence de la valeur de la chose ? Ulpien n'examine pas la question dans notre texte. Mais ailleurs il rapporte et approuve une distinction proposée par le jurisconsulte Nerva. (L. 11, pr. de reb. cred. XII, 1) (1). Le créancier n'a-t-il été mû que par l'intention de me rendre un service? Ne se décidait-il à vendre la chose que pour me procurer l'argent dont j'avais besoin? Alors les risques seront à ma charge, surtout s'il n'a pas stipulé d'intérêts. Car la gratuité du service rendu témoigne de son intention de m'obliger. Au contraire, se disposait-il à vendre la chose soit par lui-même, soit par un intermédiaire, de telle sorte qu'il m'a confié la mission de vendre comme il l'eût confiée à tout autre? Alors c'est lui qui supporte les risques. Cette distinction, tout-à-fait analogue à celle que nous avons rencontrée dans la loi 17, § 1, repose sur cette idée équitable qu'il faut imposer les risques à la partie dont l'intérêt a surtout déterminé la formation du contrat.

Deuxième question. — A quel moment précis le *mutuum* sera-t-il réputé exister ? — D'après la loi 11, pr. *de reb. cred.*, ce serait au moment même de la vente, c'est-à-dire au moment de la numération du

(1) L. 11, pr. de reb cred. : Rogasti me ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri ut eam venderes et nummis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris priusquam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Nervæ distinctio verissima existimantis multum interesse venalem habui hanc lancem vel massam, necne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam ; quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed hæc causa fuit vendendi ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime si sine usuris credidi.

prix, le jurisconsulte raisonnant évidemment sur une vente au comptant. Au contraire, d'après notre loi 19 pr., il est probable que, la vente conclue et le prix payé, le *mutuum* n'existe pas encore. Faut-il voir une antinomie entre ces deux textes? Non, il n'y a ici qu'une question d'intention. Très-ordinairement, le vendeur aura conservé, lorsqu'il touchera le prix, la volonté d'emprunter; alors il sera, dès l'instant de la numération, considéré comme emprunteur, bien qu'il n'ait pas encore fait emploi des deniers. Mais s'il arrivait qu'au contraire, au moment de toucher le prix, il ne voulût plus emprunter, soit qu'il n'en eût plus besoin, soit qu'il aimât mieux contracter avec une autre personne, alors le *mutuum* ne se formerait pas, par cette simple raison que tout contrat exige le consentement des parties. Et n'objectez pas que le seul fait de recevoir le prix témoigne de sa persistance dans la volonté d'emprunter : ce serait oublier que, d'après les principes romains, il a nécessairement vendu en son propre nom, qu'il est devenu personnellement créancier du prix, et en conséquence ne peut pas refuser de le recevoir. Au surplus, j'ai raisonné jusqu'à présent dans la doctrine que je considère comme la doctrine définitive du droit romain : j'ai tenu pour incontestable que le *mutuum* se forme, lorsque le vendeur reçoit le prix de vente avec l'intention de s'obliger comme emprunteur. J'aurai l'occasion de revenir tout-à-l'heure sur le motif rationnel de cette doctrine relativement nouvelle, et sur les contradictions qu'elle rencontre au Digeste même; et de ce caractère nouveau, de cette contradiction, j'argumenterai avec confiance pour la solution d'une difficulté provoquée par notre loi 19, pr.

Troisième question. — Quand le *mutuum* ne se forme pas, soit que le débiteur ne vende pas la chose, soit qu'il ait changé d'intention avant de recevoir le prix, il faut sans doute que le créancier obtienne une action à l'effet de recouvrer ou sa chose ou le prix. Quelle sera cette action? « *Tutius est agere præscriptis verbis,* » disait Labéon cité et approuvé par Ulpien. De cette manière de parler, il ressort que dans la pensée de certains contemporains de Labéon il aurait été possible d'admettre une autre action. Voici peut-être comment on raisonnait pour faire rentrer notre hypothèse dans quelque contrat nommé : De deux choses l'une, ou le débiteur a vendu ou il n'a pas vendu. S'il a vendu, il a exécuté un mandat; s'il n'a pas vendu, on le traitera comme dépositaire. Donc le créancier agira tantôt par l'action *mandati*, tantôt par l'action *depositi*. Mais cette doctrine, déjà inadmissible parce qu'elle ne détermine qu'après coup et sur un simple résultat de fait la nature du contrat formé, a de plus l'inconvénient de méconnaître et le caractère du dépôt et le caractère du mandat. Le dépositaire se charge, d'une manière principale et exclusive, de la garde de la chose; ici le débiteur la reçoit pour la vendre, non pas pour la garder. Le mandataire chargé de vendre est obligé à vendre, et ne peut pas conserver le prix pour s'en servir : ici le débiteur n'est qu'autorisé et non pas obligé à vendre; et quand il aura vendu, le prix, s'il le veut, demeurera entre ses mains à titre d'argent prêté.

Notre texte ainsi expliqué en lui-même, je dois prévenir l'objection qu'on en pourrait tirer contre la doctrine, à mes yeux certaine, d'après laquelle l'action *præscriptis verbis* doit être traitée dans toutes ses applications comme

une action de bonne foi. L'hypothèse prévue par Ulpien présente, pourrait-on dire, de l'analogie avec le *mutuum*, et il est impossible qu'un contrat analogue au *mutuum* soit rangé parmi les contrats de bonne foi. Il faut donc se résigner à admettre que l'action *præscriptis verbis* sera de droit strict, au moins dans certains cas, dans ceux où le contrat nouveau duquel elle dérive ressemblera lui-même à un contrat de droit strict.

Je conteste absolument cette prétendue analogie de notre hypothèse avec le *mutuum*. Et pour mieux préciser, je dis d'abord que dans la réalité des choses cette analogie n'existe pas. Je dis, en second lieu, qu'elle ne pouvait pas exister dans la pensée de Labéon, l'auteur de la décision que nous analysons.

D'abord, cette analogie n'existe pas en elle-même. Je vous ai déjà montré que, si notre hypothèse peut être rapprochée de quelque contrat nommé, c'est assurément du dépôt et du mandat. Mais il est impossible de lui trouver la moindre ressemblance avec le *mutuum*. Le *mutuum* se forme par une translation de propriété, et nous ne rencontrons ici qu'une simple remise. Le *mutuum* fait naître l'obligation de rendre une égale quantité de choses de même genre et de même qualité que celles qu'on a reçues; ici le débiteur rendra ou la chose elle-même ou de l'argent. L'obligation née du *mutuum* est toujours *certa;* ici nous avons une obligation nécessairement incertaine, à cause de l'alternative contenue dans le contrat. Ajoutez que les choses données à titre de *mutuum* sont immédiatement et dans tous les cas aux risques de l'emprunteur; ici au contraire, nous avons vu qu'il faut faire une distinction.

J'ai ajouté que l'analogie de notre hypothèse avec celle

d'un *mutuum* ne se présentait certainement pas à l'esprit de Labéon. C'est ce qu'il n'est pas difficile de démontrer. Il me suffira d'établir qu'au temps de ce jurisconsulte la convention qu'il prévoit ne pouvait jamais aboutir à la formation d'un *mutuum*. Et cette preuve résulte de la comparaison de deux textes connus, la loi 34 pr. *mand.* (XVII, 1), et la loi 11 pr. *de rebus credit.* (XII, 1). Le premier de ces deux textes appartient à Africain (1), vous connaissez déjà les décisions du second, et vous savez qu'il a pour auteur Ulpien (2). Africain qui vivait vers le milieu du second siècle, environ cent cinquante ans après Labéon, supposant que je vous ai livré un objet pour le vendre et en garder le prix à titre de *mutuum*, décide que, nonobstant notre intention réciproque, et malgré l'usage que vous auriez fait du prix, je n'aurai jamais contre vous l'action qui naît du *mutuum*. Il n'y aura pas prêt, parce que ce contrat suppose une translation de propriété faite par le prêteur à l'emprunteur, et que, dans l'espèce, les deniers auront passé directement du patrimoine de l'acheteur dans le vôtre : jamais ils ne m'auront appartenu (3). Ulpien, moins étroit dans son interprétation, arrive au contraire, et cela sans violer aucun principe, à décider

(1) Je détache du texte d'Africain le passage relatif à notre question : « His argumentum esse, eum qui, quum mutuam pecuniam dare vellet, argen- » tum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, » et tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore qui accepisset » argentum. » Sur les difficultés que soulèvent les diverses décisions de la loi 34, on consultera avec fruit la lumineuse dissertation de M. Pellat, intitulée : *conversion du mandat en mutuum*. V. textes choisis des Pandectes.

(2) Voir ci-dessus le texte d'Ulpien page 300.

(3) Dans cette doctrine, il faudrait à défaut de *condictio ex mutuo*, donner l'action *præscriptis verbis* contre le vendeur pour l'obliger à restituer le prix reçu et même consommé par lui. Le point de vue d'Africain, quoique

qu'il y aura *mutuum*. Voici l'analyse de son raisonnement : Quand vous touchez le prix de vente, vous le touchez bien en votre nom, puisque la créance vous appartenait; et sans nul doute la propriété des deniers vous est acquise. Mais il intervient une tradition *brevi manu :* les choses se passent comme si vous m'aviez remis l'argent, et que je vous l'eusse ensuite rendu avec l'intention de former un contrat de prêt. On évite ainsi la nécessité de deux remises matérielles, dont l'une détruirait immédiatement l'effet de l'autre. On échappe à une gêne pratique et à une puérilité.

Ce qui est important et surtout significatif, c'est qu'il ne faut pas voir dans ces deux décisions opposées la manifestation d'une divergence qui aurait partagé les jurisconsultes dès le temps d'Africain. Ulpien émet une opinion personnelle ou tout au moins encore nouvelle. « *Puto mutuam pecuniam factam*, » dit-il. Au contraire, Africain exprime une doctrine universellement reçue de son temps : ce qui le prouve, ce n'est pas seulement la forme tout à fait affirmative de son langage, c'est surtout qu'il argumente de cette décision pour résoudre une question controversée. Or, évidemment, si la proposition qui sert de point de départ et de base à son argumentation avait suscité le moindre doute, il aurait pris la peine de la démontrer préalablement. Maintenant, n'est-il pas de toute évidence que si le point de vue plus savant et plus subtil d'Ulpien n'était pas encore aperçu à l'époque d'Africain, à plus forte raison échappait-il à Labéon.

En résumé, la seule analogie, si c'en est une, que l'on

plus étroit, entraîne cette conséquence plus équitable que les intérêts pourront être dûs sans stipulation.

puisse découvrir entre le contrat prévu dans notre texte et le contrat de prêt, c'est que le premier sert d'acheminement au second. Ce résultat était juridiquement impossible, tout au moins n'était pas encore soupçonné au temps de Labéon. Donc l'analogie n'existait pas pour ce jurisconsulte ; et en donnant ici l'action *præscriptis verbis*, il n'entendait pas donner une action de droit strict.

L. 19, § 1. Si prædium pro te obligavero, deinde placuerit inter nos ut mihi fidejussorem præstares, nec facias, melius esse dico præscriptis verbis agi, nisi merces intervenit ; nam si intervenit, ex locato esse actionem.

Si j'ai engagé mon immeuble pour vous, puis qu'il ait été convenu que vous me fourniriez un fidéjusseur, et que vous ne me le fournissiez pas, je dis que la voie la meilleure consiste à agir *præscriptis verbis*, à moins qu'un salaire n'ait été convenu ; alors en effet, l'action *locati* me compète.

L'hypothèse prévue comprend les deux éléments suivants : 1° J'engage mon immeuble à votre créancier. C'est une des formes de l'*intercessio*. 2° Vous convenez, mais sans donner à votre obligation la forme d'une promesse verbale, que vous me fournirez un fidéjusseur en vue de réparer le préjudice que me causerait, le cas échéant, la vente de mon fonds par le créancier.

Par quelle action vous poursuivrai-je, si vous ne me fournissez pas de fidéjusseur ? Il est nécessaire, pour répondre à la question, de dédoubler l'hypothèse. Il faut distinguer si vous devez me payer une *merces*, ou si je vous rends un service gratuit. Me devez-vous une *merces?* Nous sommes en présence d'un louage, et j'aurai l'action *locati*. Ai-je constitué le gage sans rien exiger de vous? Nous sommes en dehors des contrats nommés, et j'intenterai l'action *præscriptis verbis*.

Mais quelle est précisément la nature de ce louage dont parle notre texte ? Est-ce une *locatio operarum?* Je ne le pense pas. Une constitution d'hypothèque ne me

paraît pas présenter les caractères du *factum quod locari solet* (1). Et c'est, j'imagine, à une *locatio rei* que le jurisconsulte se réfère. Voici comment je conçois l'hypothèse : Il ne s'agit pas ici d'une simple hypothèque, mais d'un *pignus* proprement dit, et la constitution du *pignus* a été accompagnée d'une convention expresse ou tacite d'antichrèse, de telle sorte que je perds désormais la jouissance de ma chose et que votre créancier en perçoit et en garde les fruits. Mais comme ces fruits s'imputent sur les intérêts qu'il a stipulés (L. 11, § 1, de pignor. et hyp. xx, 1) ou lui tiennent lieu des intérêts qu'il n'a pas stipulés (L. 8, in quib. caus. pign. xx, 2), on peut dire avec une entière exactitude que dans la réalité cette jouissance qu'il exerce vous profite à vous-même. De deux choses l'une, en effet, ou elle vous libère de l'obligation de servir les intérêts dus, ou elle vous a dispensé de promettre ceux que sans cette considération le créancier n'eût pas manqué d'exiger de vous. La *merces* que vous me devez n'est donc que la représentation et l'équivalent de cette jouissance de ma chose que vous exercez par l'intermédiaire de votre créancier. En dernière analyse, l'opération peut se décomposer ainsi : Entre votre créancier et moi, il y a une constitution de gage. Entre vous et moi, il y a un contrat de bail ; mais de mon consentement vous cédez l'exercice de votre bail à votre créancier qui compensera les fruits perçus avec les intérêts de sa créance et par conséquent ne vous devra pas de *merces*. C'est en vertu d'une clause accessoire de ce bail que j'engage ma chose pour vous ; par

(1) Voir ci-dessus pages 152 et s.

une autre clause accessoire, vous vous obligez à me fournir un fidéjusseur. Or, de même que l'action *locati* me compète pour le paiement de la *merces*, de même elle me compète aussi pour vous demander l'exécution de votre obligation accessoire. N'oubliez pas que cet engagement de me donner un fidéjusseur doit avoir été pris au moment même où s'est conclu le contrat. Sans cela, je n'en pourrais exiger l'exécution. Je rencontrerais un obstacle insurmontable dans la règle d'après laquelle les pactes ajoutés après coup, même à un contrat de bonne foi sont assimilés aux pactes nus (L. 7, § 5, de pact. II, 14).

Maintenant, effaçons toute convention d'une *merces*. Ici, que le créancier jouisse ou non de ma chose, qu'il s'agisse d'un gage ou d'une simple hypothèque, nous nous trouvons dans l'hypothèse *facio ut facias*. J'ai obligé ma chose pour vous procurer du crédit, vous me devez un fidéjusseur. C'est par l'action *præscriptis verbis* que je vous le demanderai. Mais il faut encore supposer que l'engagement de fournir ce fidéjusseur a été pris au moment même et comme condition de la constitution de gage ou d'hypothèque. Sans cela je ne pourrais pas dire : *feci ut facias*. En obligeant ma chose, j'aurais agi gratuitement ; et si plus tard je voulais acquérir une action à l'effet de vous demander un fidéjusseur, je devrais faire intervenir le contrat de stipulation.

Supposons enfin que j'hypothèque ma chose pour vous, mais de manière à en conserver la jouissance et en convenant que vous me payerez une certaine somme comme dédommagement du risque que je consens à courir, ne concevant pas que cette hypothèse rentre

dans la *locatio operarum*, je la fais rentrer dans le contrat *facio ut des*; et conformément à la doctrine qui a prévalu, c'est par l'action *præscriptis verbis* que je vous demanderai soit le paiement de la somme, soit l'exécution de votre engagement de me fournir un fidéjusseur.

L. 20, pr. (Ulpianus, lib. XXXII ad edictum). Apud Labeonem quæritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor (1) in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio? Et puto verius esse præscriptis verbis agendum; nam inter nos hoc actum ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.

Labéon pose la question suivante : ayant des chevaux à vendre, je vous les ai livrés pour les essayer, mais à condition que dans les trois jours vous me les rendriez, s'ils ne vous convenaient pas. Vous vous êtes servi de ces chevaux pour courir, et vous avez gagné; puis vous refusez de les acheter. Ai-je contre vous l'action *venditi?* Et je crois plus vrai que c'est l'action *præscriptis verbis* qui me compète : Car dans notre pensée vous deviez faire seulement un essai gratuit, et non pas lutter pour un prix.

Dans l'espèce proposée, Labéon ne se demande pas si vous pouvez bénéficier du prix que vous avez gagné grâce à mes chevaux, mais si c'est par l'action *venditi* que je vous le réclamerai. Le jurisconsulte tient donc pour certain, c'est là son point de départ, que vous me devez compte de la somme gagnée. Et si nous en cherchons la raison, Pomponius nous la donne (2). Si je vous livre une chose pour l'essayer, et qu'elle vous rapporte un bénéfice quelconque, par exemple, parce que vous l'aurez donnée à bail, vous me devez ce bénéfice; en effet, il est inadmissible que vous profitiez

(1) On appelait proprement *desultores* des coureurs qui conduisaient deux chevaux et sautaient alternativement de l'un sur l'autre sans interrompre la course. Cet exercice paraît avoir été fort goûté de la jeunesse romaine.

(2) L. 13 § 1, commod. (XIII, 6) : Si quem quæstum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si jumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum præstabit ei qui experiendum dedit; neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, priusquam periculo ejus sit.

d'une chose qui n'est pas encore à vos risques. Une action est donc nécessaire pour vous contraindre à la restitution de la somme gagnée. Mais quelle sera cette action? Pomponius ne s'en explique pas; et Ulpien, après avoir rapporté la question posée par Labéon, nous laisse ignorer la réponse de ce jurisconsulte. Quant à lui, il donne l'action *præscriptis verbis*. Est-il croyable que Labéon la rejetât ici pour admettre de préférence l'action *venditi*? Je ne le pense pas, et je m'appuie pour cela sur une décision remarquable qu'il sera utile de comparer à celle de notre texte (1). Voici l'espèce : je vous ai vendu une bibliothèque sous cette condition, si les décurions de Campanie consentaient à vous vendre eux-mêmes le local destiné à la recevoir. Les décurions sont tout disposés à vous faire cette vente,

(1) Cette décision est rapportée dans la loi 50, de contr, empt. (XVIII, 1). « Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani » locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet quominus » id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin præscriptis verbis agi » possit; ego etiam ex vendito agi posse puto, quasi impleta conditione, » quum per emptorem stet quominus impleatur. »

Ce texte présente trois particularités fort remarquables : 1° Ulpien, en admettant l'action *venditi*, ne rejette pas l'action *præscriptis verbis* qui pourtant ne concourt pas, en règle générale, avec une autre action contractuelle. Ceci ne peut s'expliquer qu'historiquement. L'action *præscriptis verbis* n'avait été admise d'abord qu'à défaut d'autre. Elle aurait dû disparaître le jour où un principe nouveau rendit l'action *venditi* recevable. Mais elle resta, quoique devenue inutile. 2° Dans l'espèce, la bibliothèque n'a pas été livrée. L'action *præscriptis verbis* sanctionne donc une convention non exécutée. Dans la pensée de Labéon, cette convention a bien pu perdre par le fait de l'acheteur son caractère de vente, mais non pas sa valeur juridique. L'obligation que le vendeur avait contractée et dont il ne dépendait pas de lui de s'affranchir constitue un *factum*. 3° S'il y a *factum* de la part du vendeur, l'acheteur est obligé à payer le prix, c'est-à-dire à faire une dation. Voilà donc un *negotium facio ut des* dans lequel de bonne heure on reconnaît un contrat, et ceci justifie une observation précédemment faite, savoir que la doctrine de Paul, la doctrine si long-temps admise sur le *negotium facio ut des*, dut comporter quelques exceptions.

mais vous refusez de traiter avec eux. Quelle action aurai-je contre vous? Labéon me donnait l'action *præscriptis verbis*. Mais Ulpien, qui rapporte sa décision, n'hésite pas à déclarer que l'action *venditi* sera possible aussi, par application de cette règle que toute condition est tenue pour accomplie lorsqu'elle défaille par le fait de la personne obligée conditionnellement. Laissons la décision d'Ulpien pour nous attacher à celle de Labéon. Evidemment, la règle invoquée ici par Ulpien n'était pas encore reçue à l'époque de Labéon, ou du moins on ne lui donnait pas encore toute la portée qu'elle eut plus tard. On admettait bien que le débiteur qui faisait défaillir la condition serait tenu pour obligé, mais on n'allait pas jusqu'à réputer existant le contrat formé sous condition. L'opération prenait le caractère de contrat innommé. Spécialement dans notre espèce, Labéon sans doute raisonnait ainsi : puisqu'il ne dépendait pas du vendeur de la bibliothèque de n'être pas obligé, il ne faut pas non plus qu'il dépende de l'acheteur de n'être pas obligé lui-même. Donc, s'il fait défaillir la condition mise à la vente, il sera tenu, non pas certainement comme acheteur, mais *quasi ex novo negotio*. Donc, il faut donner l'action *præscriptis verbis*. Dégageons maintenant la pensée générale de Labéon. On peut la formuler ainsi : Lorsque la condition mise à l'existence d'un contrat nommé défaille, si néanmoins il y a lieu à une action, ce ne peut être l'action qu'il est dans la nature de ce contrat d'engendrer, ce sera l'action *præscriptis verbis*.

Ceci posé, revenons à l'hypothèse de notre loi 20, pr. Je vous livre des chevaux pour les essayer, et je vous donne trois jours pour vous décider à les acheter

ou me les rendre. Nous pouvons dire très-exactement qu'il y a ici une vente sous une condition dépendant de votre volonté. La vente n'est pas actuellement formée, elle ne peut se réaliser que par l'événement de la condition (1). Si donc vous refusez d'acheter, la condition étant défaillie, il n'y a jamais eu de vente; et il est évident que Labéon ne pouvait songer à donner l'action *venditi* (2). Il le pouvait d'autant moins que, la condition étant potestative de votre part, vous usez de votre droit en la faisant défaillir. Aussi Ulpien qui, dans l'hypothèse de la loi 50 *de contr. empt.* donnait l'action *venditi*, l'écarte ici sans hésitation.

Mais serait-il impossible, à défaut d'action *venditi*, de donner l'action *commodati*? Ne pourrait-on pas la fonder sur ce qu'en définitive vous avez reçu la chose pour en user gratuitement? Non. Ce serait déterminer la nature du contrat d'après un simple résultat de fait, et sans tenir le moindre compte de l'intention des contractants. Car le propriétaire des chevaux, bien qu'il les ait livrés gratuitement, n'a certes pas été guidé par une vue de libéralité : s'il les a donnés à l'essai, ce n'était que pour prouver leur excellence et arriver à les vendre avantageusement.

(1) On aurait pu faire une vente pure et simple, mais résoluble *si equi displicuissent emptori*. Dans ce cas les risques incomberaient à l'acheteur, et en conséquence il ne devrait pas la restitution du bénéfice que lui auraient procuré ces chevaux (L. 13 § 1, commod. XIII, 6).

(2) On pourrait soutenir, en invoquant le silence de notre texte, que le prix n'a pas été fixé, et que c'est là la raison qui rend l'action *venditi* non recevable. Mais ce serait, selon moi, mal interpréter la pensée d'Ulpien. D'abord, il n'est guère d'usage de livrer des chevaux à l'essai sans indiquer le prix qu'on en demande. Puis si l'on rapproche du *principium* de notre loi le § 1 où une espèce très-semblable est examinée, on verra que dans ce dernier texte l'énoncé des faits ne relève pas non plus la circonstance d'un prix fixé, et que cependant la décision la suppose.

Enfin nous avons vu précédemment que, par une doctrine exagérée et qui ne paraît pas avoir prévalu, Ulpien et Papinien refusaient l'action *præscriptis verbis* là où les actions résultant du *furtum* sont possibles (v. ci-dessus pages 92 et 284). Or, pourquoi dans notre espèce ne pas donner ces actions contre le *desultor*, comme on les donne contre le commodataire qui sciemment a fait de la chose un usage contraire à la volonté du prêteur? Ces actions me paraîtraient admissibles, en effet, si le *desultor*, au jour où il faisait courir les chevaux, avait été déjà décidé à ne pas les acheter, et si de plus il avait eu la certitude d'agir contre la volonté du propriétaire. Mais très-probablement, d'une part il n'avait pas encore arrêté la résolution qu'il prendrait; d'autre part, il est difficile, en fait, de lui soupçonner des intentions frauduleuses. Que les chevaux ne lui aient pas été livrés dans le but exprès de les faire courir; que même, si l'on se fût expliqué sur ce point, le propriétaire lui eût formellement interdit ce mode d'essai, tout cela est probable. Néanmoins le *desultor* aura pu croire que le propriétaire informé ne ferait aucune opposition à son désir; plus souvent, sans tant de réflexion, il aura simplement saisi l'occasion de faire une épreuve sérieuse et décisive. Ce n'est guère, je le répète, qu'autant qu'avant cette épreuve il aurait déjà marqué son intention de ne pas acheter, qu'on pourrait songer à lui imputer un *furtum*. Et alors peut-être Ulpien refuserait l'action *præscriptis verbis*.

Observez, au surplus, que ce n'est pas le bénéfice fait par le *desultor* qui donne naissance au contrat innommé; ce contrat est réputé formé par la tradition

même des chevaux. Et en conséquence, si après un simple essai sans aucun profit l'*accipiens* refusait de les acheter et les restituait détériorés, c'est par l'action *præscriptis verbis* que le propriétaire se ferait indemniser. Dans notre espèce, le jurisconsulte suppose que la seule difficulté porte sur la restitution du prix gagné à la course. La décision implique d'ailleurs que, si le *desultor* consent à acheter les chevaux, il conservera le bénéfice du prix.

18e CONFÉRENCE.

Terminons d'abord l'explication de la loi 20.

L. 20, § 1. Item apud Melam quæritur, si mulas tibi dedero ut experiaris, et, si placuissent, emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid præstares; deinde mulæ a grassatoribus fuerint ablatæ intra dies experimenti, quid esset præstandum, utrum pretium et merces, an merces tantum? Et ait Méla interessse utrum emptio jam erat contracta, an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur. Sed non exprimit de actionibus ; puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.

Pareillement, Méla pose cette question : Si je vous ai livré des mules pour les essayer, et, si elles vous convenaient, les acheter, sinon, me payer une certaine somme par chaque jour; puis qu'avant le terme donné pour l'essai les mules aient été enlevées par des brigands, que me devez-vous? Le prix et le salaire? ou le salaire seulement? Et Méla distingue si la vente était déjà contractée, ou si elle était encore à conclure, de telle sorte que, s'il y avait vente, je demanderai le prix, sinon, le salaire. Mais il ne s'explique pas sur les actions à donner; et je pense que, si la vente était parfaite, l'action *venditi* me compète; que si elle n'était pas encore parfaite, j'ai contre vous l'action donnée contre le *desultor*.

Nous rencontrons ici une convention analogue à celle qui a fait l'objet du texte précédent, mais un peu plus compliquée. Je vous livre des mules à l'essai. Si dans un délai déterminé elles vous conviennent, vous les garderez pour un prix que nous fixons. Si elles ne vous conviennent pas, vous me les rendrez, et vous me paierez une certaine somme par chaque jour d'usage. Telle est la convention. Puis, avant l'expiration du délai, les mules vous sont enlevées à main armée par des brigands, de telle sorte qu'aucune faute ne saurait vous être imputée. Me devez-vous le prix et la *merces*, ou la *merces* seulement? En d'autres termes, qui de

vous ou de moi supportera les risques? Telle est la question. Le jurisconsulte y répond par la distinction suivante : Aviez-vous déjà agréé les mules lorsqu'elles vous ont été enlevées? Alors la vente était devenue parfaite. Les risques sont donc à votre charge; et vous serez tenu, disait Méla, de me payer le prix. Mais il ne sera pas question d'une *merces* due seulement en cas où vous n'auriez pas voulu acheter. Au contraire, n'aviez-vous pas encore agréé les mules au moment du vol? La vente n'a jamais existé, et il est impossible qu'on songe à vous faire payer le prix de ce que vous n'avez pas acheté. Mais vous me devrez la *merces* en proportion de la durée de votre jouissance. Le jurisconsulte Méla ne s'expliquait pas sur la nature des actions à donner soit dans le premier cas, soit dans le second. Ulpien donne l'action *venditi* pour le cas où la vente était parfaite avant le vol. Nulle difficulté sur ce point. Pour le cas où la vente n'était pas encore parfaite, il admet l'action que le *principium* de notre loi donnait contre le *desultor*, c'est-à-dire l'action *præscriptis verbis*. Cette seconde décision n'est-elle pas contraire à ce que nous lisons dans les commentaires de Gaius (1)? Je vous ai donné des gladiateurs, à charge de me payer mille deniers pour chacun de ceux qui auront péri ou reçu des blessures, vingt deniers pour chacun de ceux

(1) Gaius (III, § 146) : Item, si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint pro sudore denarii viginti mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint denarii mille, quæritur utrum emptio et venditio, an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit, eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et venditionem esse : idque ex accidentibus apparet, tanquam sub conditione facta cujusque venditione aut locatione ; jam enim non dubitatur quin sub conditione res veniri aut locari possint.

qui sortiront intacts de la lutte. On avait agité, dit Gaius, la question de savoir si cette convention rentrait dans la vente ou dans le louage. Mais on avait fini par admettre qu'il y avait vente quant aux esclaves tués ou blessés, louage quant à ceux qui auraient survécu intacts. En effet, ajoute Gaius, on ne doute plus que le même contrat ne puisse être considéré comme vente ou comme louage d'après l'événement d'une condition (1). Appliquant cette dernière idée à l'hypothèse prévue par Méla et par Ulpien, ne pouvons-nous pas dire qu'il y aura vente, si vous agréez les mules dans le délai fixé; louage, si dans le même délai vous refusez de les acheter? Il me paraît certain qu'Ulpien n'a pas entendu contredire cette doctrine si rationnelle qui permet de subordonner la nature d'un contrat à une condition prévue par les parties. Aussi ne fonde-t-il pas l'action *præscriptis verbis* sur ce que la nature du contrat n'a pas été déterminée dès le principe. Car la condition une fois accomplie rétroagit au jour même de la convention, et par suite le caractère du contrat est réputé n'avoir jamais été douteux. Ce qui prouve péremptoirement qu'Ulpien ne repousse pas la doctrine présentée par Gaius comme certaine, c'est qu'il donne l'action *venditi* dans le cas où la vente était conclue avant le vol; circonstance qui bien évidemment n'empêche pas l'incertitude d'avoir régné au début sur la nature du contrat. Pour être consé-

(1) Ceci ne contredit pas l'idée que j'ai plusieurs fois exprimée, que la nature d'un contrat ne saurait se déterminer après coup et d'après un simple résultat de fait. Ici il est dans la volonté des parties de faire ou une vente ou un louage. On suivra cette volonté. Or, tout ce que j'ai voulu dire, c'est que le résultat ne saurait imprimer au contrat un caractère que les parties certainement n'ont jamais songé à lui donner.

quent, il donnerait sans nul doute l'action *locati* si à l'expiration du délai l'*accipiens* encore en possesion avait déclaré que les mules ne lui convenaient pas. Que si dans l'espèce l'action *præscriptis verbis* lui paraît seule admissible, cela tient à ce qu'il est devenu impossible de savoir si les mules auraient été agréées ou non. Le contrat aurait-il été vente ou louage? On l'ignore, on l'ignorera toujours; car la condition ne peut plus se réaliser ni dans un sens ni dans l'autre. Or, nous avons déjà vu que les contrats qui rentrent certainement dans les contrats nommés, sans qu'on puisse dire avec précision quel est le nom qu'il faut leur donner, sont traités comme contrats innommés et sanctionnés par l'action *præscriptis verbis*.

L. 20, § 2. Si quum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit, et, quum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti, et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia ejus quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumque dederis, præstare te oportere Labeo ait; et puto præscriptis verbis actionem in hoc competere.

Si, alors que vous vouliez acheter de l'argenterie, un fabricant vous en a apporté et vous l'a laissée, puis que, l'argenterie ne vous convenant pas, vous ayez chargé votre esclave de la reporter, et qu'elle ait péri sans dol ni faute de votre part, les risques tombent sur le fabricant, parce que la remise de l'argenterie a été faite aussi dans son intérêt. Quant à la faute de ceux que vous avez chargés de garder et de rendre les objets, assurément, dit Labéon, vous en êtes responsable; et je pense que c'est l'action *præscriptis verbis* qui compète contre vous.

L'extrême simplicité de ce texte me dispense d'un commentaire dans lequel je ne pourrais que reproduire des observations déjà faites. Vous remarquerez, en résumé, qu'ici comme précédemment, il n'y a pas de vente conclue; que la remise de l'argenterie ne saurait former ni un dépôt, car elle intéresse bien aussi celui qui la reçoit; ni un commodat, car il n'a que le droit de l'examiner, non d'en user; et qu'en conséquence l'action *præscriptis verbis* paraît seule possible. Vous

remarquerez aussi que la décision relative aux risques n'est que l'application du droit commun, puisque le contrat intéresse les deux parties et spécialement le créancier (L. 108, § 12, de leg. I, XXX).

Passons à la loi 24. — Les lois 21 et 23 n'ont trait qu'aux actions *in factum*, et la loi 22 a été expliquée (Voir ci-dessus page 212).

L. 24, (Africanus, lib. VIII, quæstionum). Titius Sempronio triginta dedit, pactique sunt ut ex reditu ejus pecuniæ tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius præstaret, computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine præstitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius præstitum esset, id ex sorte decederet, aut si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio præstaret, neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, qua actione ab eo consequi posset? Respondit, pecuniæ quidem creditæ usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi ; verum in proposito videndum, ne non tam fœnerata pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecuturus esset. Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniæ creditæ fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, nihil eum eo nomine præstare debuisse (1). Quare tutius esse præscriptis verbis in factum actionem dari, præsertim quum illud quoque convenisset ut quod amplius præstitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet ; quod ipsum jus et causam pecuniæ creditæ excedat.

Titius a donné trente à Sempronius, et ils sont convenus que sur le revenu de cet argent Sempronius acquitterait le tribut qui était à la charge de Titius ; qu'il compterait les intérêts sur le pied de six pour cent, et que si le total de ces intérêts dépassait la somme payée à titre de tributs, il restituerait la différence à Titius ; que si au contraire il payait davantage, l'excédant s'imputerait sur le capital ; enfin que si l'ensemble des tributs absorbait au-delà du capital et des intérêts, le surplus serait remboursé à Sempronius par Titius. Sur tout cela aucune stipulation n'est intervenue. Titius demandait par quelle action il pourrait obtenir de Sempronius l'excédant des intérêts sur les sommes payées à titre de tributs. Le jurisconsulte a répondu : Sans doute les intérêts d'une somme prêtée ne sont dus qu'autant qu'ils ont été stipulés. Seulement ne faut-il pas dire que dans l'espèce il y a moins un prêt d'argent qu'une sorte de mandat contracté entre les parties, si ce n'est que Sempronius doit bénéficier des intérêts qui pourront excéder six pour cent ? Mais le capital lui-même ne peut pas être demandé comme argent prêté, puisque si Sempronius l'eût perdu ou laissé improductif, sans qu'on pût lui reprocher aucun dol, il aurait fallu décider qu'il était en cela exempt de toute responsabilité. C'est pourquoi il est plus sûr de donner l'action *in factum præscriptis verbis*, surtout en présence d'une convention portant que toutes les sommes payées au-delà du montant des intérêts seraient imputées sur le capital, convention qui excède la nature et les règles du prêt d'argent.

(1) Ici, comme dans un autre texte d'Africain déjà cité (L. 34, pr. Mand,

Je reprends l'hypothèse un peu compliquée d'Africain.

Titius transfère à Sempronius la propriété d'une certaine somme d'argent, et cette dation est escortée d'une série de pactes faits *in continenti*. Voici quels sont ces pactes :

1° Sempronius acquittera le tribut dû par Titius (1).

2° Les sommes payées au fisc par Sempronius s'imputeront d'abord sur les intérêts que lui aura rapportés la somme reçue de Titius ; et ces intérêts seront calculés sur le pied de six pour cent.

3° Si le total des intérêts ainsi calculés dépasse le total des sommes payées à titre de tribut, Sempronius devra la différence à Titius.

4° Si au contraire ce sont les sommes payées à titre de tribut qui dépassent le total des intérêts ainsi calculés, l'excédant s'imputera sur le capital.

5° Que si le tribut excédait le capital et les intérêts réunis, Sempronius devrait néanmoins l'intégralité du tribut ; mais ce qu'il aurait pris sur ses propres deniers lui serait dû par Titius.

6° Enfin la somme confiée à Sempronius demeure aux risques de Titius. Et Sempronius n'est pas absolument débiteur des intérêts à six pour cent : Il ne les devra que si la somme a pu les rapporter. Que s'il réussit à lui faire

XVII, 1), l'expression *credita pecunia* désigne évidemment de l'argent prêté. Dans un langage tout différent et qui paraît avoir prévalu, on emploie cette expression pour signifier toute dette dont l'existence est certaine : en ce sens le *creditum* devient un genre dont le *mutuum* n'est qu'une espèce (Gaius, III, § 124. — L. 2, § 3, de reb. cred. XII, 1).

(1) Il faut supposer en fait que Titius est propriétaire d'un fonds situé dans une des provinces placées sous l'administration directe de l'empereur. Très-probablement, il vit assez loin de cette province, et c'est pourquoi il confie à Sempronius, qui sans doute y réside, le soin d'acquitter son tribut.

produire au delà de six pour cent, il bénéficiera de l'excédant.

Aucune stipulation n'est venue consacrer ces pactes. Cependant, comme ils ont accompagné une dation, il est manifeste qu'on ne saurait les reléguer parmi les pactes nus. C'est le principe formellement exprimé par Papinien (L. 8, h. t.) et par Gaius (L. 48, de pact.) (1).

Dans l'espèce prévue par Africain, il arrive en fait que les intérêts calculés à six pour cent et effectivement touchés par Sempronius, excèdent le total des sommes payées à titre de tribut. Et la question posée au jurisconsulte n'est pas de savoir si Titius est muni d'une action pour demander la différence, mais quelle est cette action.

Pour répondre, il est essentiel de déterminer préalablement la nature du contrat.

Sommes-nous en présence d'un *mutuum?* Si l'on répondait oui, il faudrait refuser toute action à Titius, parce que les intérêts d'une somme d'argent prêtée ne sont jamais dus civilement qu'en vertu d'une stipulation. Mais il manque ici un caractère essentiel du *mutuum*. L'emprunteur obligé, quoi qu'il arrive, à la restitution des sommes reçues, allèguerait vainement un cas fortuit qui les lui aurait fait perdre. Et quand il doit des intérêts, il ne saurait se refuser à les payer sous prétexte que la somme ne les lui a pas rapportés. Au contraire, dans notre espèce, Sempronius ne répond ni de la perte ni de la stérilité du capital, à moins qu'on ne puisse mettre ces événements sur le compte d'un dol. Le jurisconsulte ne paraît pas même le sou-

(1) L. 48, de pact. (II, 14) : In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.

mettre à la responsabilité de sa faute, sans doute parce que c'est l'intérêt de Titius qui prédomine dans le contrat. Voilà un premier motif pour rejeter ici l'idée d'un *mutuum*. Africain en donne un second : C'est que l'emprunteur rend toujours exactement la quantité reçue, tandis que Sempronius, autorisé à imputer subsidiairement sur le capital les sommes payées à titre de tribut, rendra peut-être moins qu'il n'a reçu : « *Quod amplius præstitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet.* » J'avoue que ce motif ainsi formulé me touche assez peu. Le *mutuum* ne saurait perdre son caractère, parce qu'il aurait été convenu que l'emprunteur paierait tout ou partie de la somme due entre les mains des créanciers du prêteur. Si donc Sempronius n'était obligé au paiement du tribut que jusqu'à concurrence du capital qu'il a touché et des intérêts de ce capital, ce motif me paraîtrait tout-à-fait insuffisant pour exclure l'application des règles du *mutuum*. Mais il faut prendre garde qu'il s'est obligé à acquitter le tribut, le cas échéant, au delà des intérêts et du capital dus, c'est-à-dire sur ses propres deniers. Et c'est là une obligation qui incontestablement dépasse les limites du *mutuum*; car il est impossible de dire qu'elle se soit formée *re*. Probablement donc Africain formule sa pensée d'une manière incomplète : il veut exprimer précisément que Sempronius, s'étant chargé d'une manière absolue de l'acquittement du tribut, sera conduit à le payer *de suo* en cas d'insuffisance des sommes dont il est débiteur. En résumé, notre hypothèse s'écarte du *mutuum* en deux points essentiels : 1° les risques incombent au créancier; 2° il est possible que le débiteur, outre la restitution des sommes

par lui reçues, ait à faire des avances pour le créancier. Donc, il ne sera pas question ici d'une *condictio*.

L'action *mandati* ne serait-elle pas admissible? Ne peut-on pas soutenir que Sempronius a reçu mandat de faire valoir l'argent de Titius et de payer le tribut dû par son mandant? Ainsi s'expliqueraient les risques laissés à la charge de Titius; ainsi peut-être la responsabilité limitée au dol (1); ainsi encore l'obligation de payer des intérêts en vertu d'une pacte adjoint *in continenti*; ainsi enfin, la nécessité éventuelle de faire des avances pour le créancier. Toutefois une objection s'élève contre l'idée de mandat, et Africain la fait ressortir: c'est que le mandat ne saurait aboutir à enrichir le mandataire (2). Or, Sempronius, s'il réussit à placer à huit pour cent la somme reçue, ne paiera néanmoins les intérêts que sur le pied de six pour cent. On serait tenté de répondre à cette objection que le mandat peut en vertu d'un pacte adjoint, sortir de ses limites ordinaires (L. 5, § 4, h. t.). Et l'on pourrait ajouter qu'ici spécialement il est fort douteux que Sempronius trouve un placement supérieur à six pour cent; qu'en conséquence l'incertitude même de ce bénéfice laisse subsister chez lui l'intention d'obliger qui forme le caractère essentiel du mandat; que d'ailleurs ce bénéfice, s'il se réalise, constituera moins un enrichissement qu'une rémunération de ses soins. Or, il

(1) Africain dit ailleurs (L. 108, § 12, de leg. I, XXX) : « In contractibus « bonæ fidei servatur ut, si quidem utriusque contrahentis commodum ver- « setur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur. » Il est possible qu'Africain appliquât cette règle au mandat, comme le faisait encore un siècle après lui Modestin (Voir ci-dessus page 228).

(2) Ulpien dit du mandataire : « Bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. » (L. 10, § 3, mand. XVII, 1).

n'est pas défendu de rémunérer un mandataire (L. 6, pr. — L. 7, mand. XVII, 1).

Néanmoins, prenant en considération la difficulté qui pourrait s'élever sur l'admissibilité de l'action *mandati*, le jurisconsulte croit plus sûr de recourir à l'action *in factum præscriptis verbis*. Telle est du moins l'expression que nous lisons dans le texte. Mais est-il bien certain qu'Africain ne se bornât pas à donner une action *in factum* modelée sur l'action *mandati* ? Je n'oserais l'affirmer. Cependant Africain passe, non sans grande vraisemblance, pour avoir été disciple de Julien, le plus éminent jurisconsulte de l'école Sabinienne et qui très-probablement n'admettait pas l'action *præscriptis verbis*. Et quoiqu'il arrive parfois à Africain de contredire son maître, quoique nul document précis ne nous autorise à le compter pour un Sabinien aussi décidé que Gaius, il y a bien là une raison de douter. Et ce doute paraît d'autant plus raisonnable qu'à l'époque où écrivait Africain, vers le milieu du second siècle, l'action *præscriptis verbis* rencontrait encore des adversaires qui la repoussaient d'une manière absolue; et certains jurisconsultes, qui l'admettaient dans d'autres hypothèses, hésitaient à la donner dans les cas analogues au mandat (L. 5, § 4, h. t.). Si cette conjecture est vraie, Justinien a pu facilement, sans rien retrancher du texte d'Africain, y intercaler les mots *præscriptis verbis*. Par cette simple addition, la pensée du jurisconsulte se trouve transformée : elle exprime le droit qui avait prévalu longtemps avant Justinien.

Vous remarquerez, enfin, que, soit qu'Africain se référât à une simple action *in factum*, soit qu'il eût en vue l'action *præscriptis verbis*, à coup sûr il entendait

donner une action de bonne foi. Qu'il me suffise, pour toute preuve, de vous rappeler qu'il admet l'exigibilité des intérêts en dehors de toute stipulation. C'est bien là un des caractères distinctifs de l'action de bonne foi (1). Il ne faudrait donc pas vous laisser prendre à l'analogie que notre hypothèse paraît tout d'abord présenter avec le *mutuum*. Cette analogie n'est que superficielle. Africain la repousse par des considérations tirées de l'essence même du *mutuum;* et s'il hésite à donner une action vulgaire, son hésitation ne porte que sur l'action *mandati*, non certainement sur la *condictio*. En conséquence l'argument qu'on voudrait tirer de notre loi 24 pour ébranler la théorie d'après laquelle l'action *præscriptis verbis* se range invariablement parmi les actions de bonne foi, cet argument, dis-je, serait aussi peu solide que celui que j'ai déjà réfuté sur la loi 19, pr.

Passons à la loi 26 et dernière (2). Nous aurons ainsi expliqué tous ceux de nos textes qui se réfèrent à l'action *præscriptis verbis*.

L. 26 (Pomponius, lib. XXI ad Sabinum.) Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est; si ut pondus argenti redderes, quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem præscriptis verbis, tam boni tamen argenti quam illi scyphi fuerunt; sed si ut vel hos scyphos vel ejusdem ponderis argentum dares, convenit, idem dicendum est.

Si je vous ai livré des coupes pour que vous me les rendiez en nature, j'ai l'action de commodat Si vous devez me rendre un poids égal à celui des coupes, je puis par l'action *præscriptis verbis* vous demander précisément ce poids d'argent et l'exiger d'aussi bonne qualité que l'argent des coupes. Que s'il a été convenu que vous me rendriez ou les coupes elles-mêmes ou un poids d'argent équivalent, il faut encore donner la même décision.

Trois hypothèses sont prévues par Pomponius :

(1) « Est quidem constitutum in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, « ut tantum dem possit officium arbitri, quantum stipulatio. » Ainsi parle Papinien (L. 24, depos. XVI, 3.). (Voir aussi L. 7, de neg. gest. III, 5).

(2) La loi 25 a été expliquée. Voir ci-dessus. page 167.

1° Je vous livre des coupes pour vous en servir et me les rendre. Je n'exige aucun salaire. L'opération constitue donc un commodat (1).

2° Je vous donne des coupes; vous devez me rendre une égale quantité d'argent de même qualité (2). Est-ce là un commodat? Non, malgré la gratuité du service rendu; car le commodat implique obligation de restituer la chose même que l'on a reçue. Est-ce un *mutuum*? pas davantage. Car vous restituerez bien, il est vrai, une quantité équivalente à la quantité livrée, mais vous ne restituerez pas des choses de même nature et de même nom. En conséquence, Pomponius donne l'action *præscriptis verbis*.

Ne pourrait-on pas prétendre qu'ici le contrat ressemble réellement au *mutuum*? Il me semble que, si l'on y regarde de près, l'analogie existe plutôt avec la vente et surtout avec l'échange. L'analogie avec la vente consisterait en ce que le poids d'argent que vous me devez figure bien un prix. Mais cet argent ne prendra pas la forme de monnaie; on le pèsera au lieu de le compter, et c'est pourquoi notre hypothèse rentre plutôt dans l'échange. Mais c'est un échange *sui generis*: car l'argent que vous devez me donner n'est pas déterminé dans son individualité. Or, l'échange ordinaire, celui que nous avons étudié avec Paul

(1) Cette décision implique que le *tradens* a conservé la propriété des coupes (L. 8 et 9, commod. XIII, 6). C'est donc par abus que Pomponius emploie le mot *dare*. Nous avons déjà rencontré nombre de textes qui donnent au mot *dare* cette signification impropre. La comparaison de la loi 1 § 2 et de la loi 17 § 2, h. t. nous montre bien que les jurisconsultes romains prenaient volontiers *dare* pour *tradere*, comme nous disons *donner* pour *livrer*.

(2) Il est évident que dans cette seconde hypothèse la propriété des coupes a été transférée.

(L. 5 § 1, h. t.), se forme par la dation d'une chose certaine en vue d'obtenir la dation d'une autre chose dès à présent déterminée (1).

3° Je vous livre des coupes; et nous convenons que vous me rendrez ou les mêmes coupes ou un poids égal d'argent de même qualité. C'est encore l'action *præscriptis verbis* qui naît de ce contrat. Il n'y a pas ici commodat, puisque vous avez la faculté de restituer une chose autre que celle que vous avez reçue; il n'y a pas non plus *mutuum*. De quelque manière que vous usiez de l'alternative contenue dans le contrat, le *mutuum* ne se concevrait pas. Si en effet vous restituez les coupes, le résultat est exactement le même que si vous eussiez été dès le principe débiteur d'un corps certain. Que si vous donnez à la place un lingot d'argent, les raisons qui sur la précédente hypothèse nous ont fait écarter l'idée d'un *mutuum*, se représentent avec même force.

(1) Ceci me fournit l'occasion de signaler tout à la fois une nouvelle différence et une nouvelle ressemblance entre les contrats de vente et d'échange. Rien n'empêche que les deux obligations nées de la vente n'aient pour objets des quantités. Que s'i s'agit d'échange, la convention peut bien aussi ne comprendre que des quantités à fournir de part et d'autre; mais pour que cette convention devienne contrat, une dation est nécessaire, et toute dation porte forcément sur une chose certaine. Donc s'il est possible d'échanger un corps certain contre une quantité, on ne conçoit pas l'échange d'une quantité contre une autre quantité. Voilà la différence. Quant à la ressemblance, elle consiste en ce que l'obligation née de l'échange, à l'exemple de celle de l'acheteur, peut fort bien avoir pour objet une quantité. Mais tandis que ce caractère est ordinaire pour l'obligation de l'acheteur, il est tout à fait accidentel pour celle de l'échangiste. Presque toujours, en effet, au lieu de donner ma chose pour obtenir des quantités dont je ne puis guère dès à présent mesurer la valeur exacte, j'aimerai mieux la vendre pour une somme d'argent que j'emploierai comme il me plaira. L'échange se conçoit donc surtout suggéré par l'intention d'acquérir telle chose dont on apprécie particulièrement l'utilité. Mais, tel que le présente notre texte, il sera rare et fort peu pratiqué.

Faut-il supposer dans cette troisième hypothèse que la propriété des coupes a été transférée? Cela me paraît indifférent pour la solution. S'il y a eu translation de propriété, nous avons un contrat *do ut des* qui, à cause de l'alternative laissée au débiteur, s'écarte non seulement de l'échange ordinaire, mais encore de l'échange *sui generis* dont je vous parlais tout à l'heure. S'il y a eu une simple remise sans transport de propriété, nous avons un contrat *facio ut facias*. Or probablement, dans la pensée des parties, la propriété des coupes reste *in pendenti*, jusqu'à ce que l'*accipiens* ait exercé son option.

On peut concevoir une quatrième hypothèse que Pomponius n'a pas prévue : Je vous ai rendu propriétaire de mes coupes pour que vous m'en retransfériez la propriété après un délai fixe ou après en avoir fait un certain usage. Ici nous avons bien un contrat *do ut des*, mais non pas un échange; puisque, comme nous l'avons déjà vu (Voir page 116), l'obligation de l'échangiste n'a jamais pour objet la chose même qu'il a reçue. Du reste, la dénomination du contrat importe fort peu; ce qui est évident, c'est qu'il sera sanctionné, comme dans les deux cas précédents, par l'action *præscriptis verbis*.

19e CONFÉRENCE.

Pour avoir terminé l'analyse de notre titre, il me reste à vous présenter l'explication de cinq textes qui ne se rattachent plus à la théorie des contrats innommés. Ce sont les lois 10, 11, 14, 21 et 23, relatives à de simples actions *in factum*. Je n'ai pas besoin de vous dire que ma prétention n'est pas de vous présenter une théorie complète sur l'origine, l'utilité et les règles particulières des actions *in factum*, moins encore de vous tracer un tableau impossible de leurs applications si multipliées. Je me renfermerai donc, ou peu s'en faudra, dans le commentaire des textes.

L. 10 (Javolenus, lib. XIII epistolarum). Partis tertiæ usumfructum legavit, hæredis bona a creditoribus distracta sunt, et pecuniam quæ ex æstimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi causa, et per ignorantiam stipulatio prætermissa est; quæro an ab hærede mulieris pecunia, quæ fruendi causa data est, repeti possit, et qua actione? Respondi in factum actionem dari debere.

Un mari a légué à sa femme l'usufruit du tiers de ses biens: le patrimoine de l'héritier a été vendu par ses créanciers, et la somme formant l'estimation du tiers de l'hérédité a été remise à la femme pour en jouir. mais par mégarde on n'a exigé d'elle aucune promesse. Je demande si cette somme remise à la femme pour qu'elle en eût seulement la jouissance peut être redemandée à son héritier, et par quelle action? — J'ai répondu que l'on doit donner une action *in factum*.

L'hypothèse est assez simple : Un mari a légué à sa femme l'usufruit du tiers de ses biens. L'héritier fait adition, mais il est insolvable. Et la succession, quoique bonne, ne le relève pas de son insolvabilité (1). En

(1) Il est essentiel de supposer que l'hérédité était solvable et même présentait un certain actif net. Sans cela on ne comprendrait pas l'acquittement

conséquence, les créanciers procèdent à la vente en bloc de son patrimoine dans lequel se trouve confondu le patrimoine du défunt. Parmi ces créanciers figure la femme légataire : on lui remet, une fois la vente faite, la somme formant le prix du tiers des biens du défunt. Pour comprendre cela, il faut supposer que la femme a demandé la séparation des patrimoines; sans quoi elle n'obtiendrait, comme les autres créanciers de l'héritier, qu'un dividende, et non pas l'intégralité de son legs (1). Maintenant, n'oublions pas que cette femme n'a reçu qu'un legs d'usufruit, et que par une suite nécessaire de la *venditio bonorum* son usufruit se trouve converti en un quasi-usufruit (2). Elle devient

du legs fait à la femme. D'une part, en effet, l'héritier ne paie jamais les legs *de suo* (L. 73, § 5, *ad leg. falcid.* XXXV, 2). D'autre part, sur les biens même du défunt, les légataires demeurent sans droit jusqu'au paiement intégral des dettes (L. 4 § 1, de separat. XLII, 6). J'ai supposé de plus que l'actif héréditaire ne comble pas l'insolvabilité de l'héritier; s'il la comblait, il n'y aurait pas lieu à la *bonorum venditio*.

(1) La somme à donner à la femme se détermine, dit notre loi 10, par une *æstimatio*. En effet, les biens du défunt et les biens de l'héritier ne forment pas, malgré la séparation des patrimoines, deux masses vendues distinctement. Mais après la vente unique de ces deux masses confondues en une seule, on sépare le prix en deux portions, l'une représentant la valeur des biens du défunt, l'autre la valeur des biens de l'héritier. C'est en ce sens que les créanciers disent *quasi duorum fieri bonorum venditionem* (L. 1, § 1, de separat. XLII, 6). Cette estimation ou cette ventilation une fois faite, on donne à la femme le tiers de la portion qui correspond aux biens du défunt. La *venditio bonorum* étant supprimée sous Justinien, cette estimation ne sera plus nécessaire; la femme et les créanciers de la succession feront vendre en détail les biens qui s'y trouvent compris. Et ceci nous explique le mot *distracta* évidemment substitué au mot *vendita* que devait employer Javolénus.

(2) Indépendamment des effets de la *venditio bonorum*, la femme ne pourrait avoir un véritable usufruit que sur les *corpora hereditaria*. Sur les créances un quasi-usufruit était seul possible (L. 24, pr. de us. et usuf. et red. XXXIII, 2). Il faut même aller plus loin : les chefs de l'école Sabinienne enseignaient que le legs d'une quote-part de propriété ne s'exécutait que par voie d'estimation (L. 26, § 2, de leg. I, XXX). Dans cette opinion, qui du reste ne prévalut pas, mais qui pouvait bien être encore celle de Ja-

donc propriétaire de la somme d'argent que les créanciers lui comptent; mais en vertu du sénatusconsulte qui organisait le quasi-usufruit, elle doit s'engager par voie de promesse et avec satisdation à restituer cette somme soit à l'époque de sa mort (1), soit même à une époque plus rapprochée, si elle venait à subir une *capitis diminutio*. Or, les créanciers oublient d'exiger cette promesse (2). Puis la femme meurt, et son héritier, abusant de cet oubli, refuse de restituer l'argent qu'elle a reçu *fruendi causa*.

Deux questions sont donc posées au jurisconsulte : 1° L'héritier de la quasi-usufruitière est-il tenu d'une action? 2° Si oui, quelle sera cette action? Javolénus répond sans hésiter, mais aussi sans motiver son opinion, que le préteur doit délivrer une action *in factum*. Pour apprécier la nature de cette action *in factum*, il convient de rapprocher une décision toute différente de Sabinus et de Celsus. C'est Ulpien qui la rapporte en la fortifiant de son adhésion (3). Ces trois jurisconsultes admettent qu'en cas d'omission de la *cautio* due

volénus, il fallait à plus forte raison donner la même décision à l'égard du legs de l'usufruit d'une quote-part.

(1) Cette promesse constitue peut-être l'application la plus importante et la plus pratique de la promesse *quam morieris* (Gaius, III, § 100. — L. 7, § 1, usufr. quemad. VII, 9).

(2) Je ne pense pas que le mot *ignorantia* de notre texte désigne nécessairement une erreur. Le jurisconsulte veut simplement exprimer qu'une action ne se comprendrait plus, si c'était à dessein et *animo donandi* que la stipulation eût été omise.

(3) Le texte d'Ulpien forme la loi 5 § 1, de usuf. ear. rer. (VII, 5) : « Si pecuniæ sit ususfructus legatus velaliarum rerum quæ in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum finito usufructu an pecunia quæ data sit vel cæteræ res quæ in absumptione sunt condici possint. Sed si quidem adhuc constante usufructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti condictione ;sed finito usufructu ipsam quantitatem Sabinus putat posse condici, quam sententiam et Celsus libro octavo decimo Digestorum probat ; quæ mihi non inarguta videtur.

par le quasi-usufruitier, la restitution pourra être demandée par voie de *condictio* à l'époque de l'extinction du droit. Cette décision me paraît tout à fait conforme à ce principe accepté dans le dernier état de la jurisprudence Romaine, que tout enrichissement retiré sans cause légitime du patrimoine d'autrui donne ouverture à une *condictio*. Au surplus, tant que subsistait le droit du quasi-usufruitier, la *cautio* non fournie pouvait elle-même lui être demandée par une *condictio incerti*. Or, c'était, si je ne me trompe, se montrer conséquent à cette doctrine que de donner encore une *condictio* contre lui après l'extinction de son droit. Maintenant ces *condictiones* impliquent-elles, dans la pensée d'Ulpien et des jurisconsultes qu'il cite, l'idée d'un contrat intervenu entre le quasi-usufruitier et le propriétaire qui lui a fait la tradition? Ulpien dirait-il ici qu'il y a eu dation *certa lege* ou *negotium gestum*? Evidemment non; l'héritier qui délivre les objets du legs de quasi-usufruit, acquitte une obligation; il n'a pas l'intention de contracter. Ces *condictiones* me paraissent donc destinées à remplacer la revendication, impossible ici, que l'on donne contre l'usufruitier proprement dit, lorsque le nu-propriétaire a négligé de lui faire promettre qu'il userait en bon père de famille, et, qu'une fois son droit éteint, il restituerait la chose (L. 7, pr. usufr. quemad. VII, 9). Or, dans ce dernier cas, il n'est évidemment pas question de contrat, comme le prouve bien la loi 13 § 2, de usuf. (VII, 1).

Revenons à notre loi 10. Les seules questions qu'elle suscite sont celles-ci : L'action *in factum* qu'elle donne contre l'héritier de la femme serait-elle par hasard l'action *præscriptis verbis*? Serait-ce du moins une

action *in factum* instituée à l'image de quelque action contractuelle nommée? Une réponse négative me paraît seule possible sur l'un et l'autre point, et voici mes motifs. Il est d'abord très-peu vraisemblable que Javolénus, jurisconsulte Sabinien, fort ancien d'ailleurs, puisqu'il fut le maître de Julien (1), fît à l'action *præscriptis verbis* un meilleur accueil que ses contemporains de la même école.

En second lieu, si dans notre hypothèse les éléments constitutifs d'un contrat n'existent pas pour Ulpien, fort disposé pourtant à multiplier les applications de la théorie des contrats innommés, il est difficile de croire qu'ils existassent aux yeux de Javolénus. Ajoutez que les contrats innommés supposent un accord de volontés bien manifeste. (L. 8, *in fine*, h. t.) Or, cet accord est si peu manifeste ici que le jurisconsulte suppose une erreur ou un oubli. Et cette dernière raison, à elle seule, me déciderait à croire que, dans la pensée de Justinien lui-même, notre loi 10 n'a pas changé de sens, quand même cette solution ne serait pas déjà indiquée et même commandée par l'absence complète de textes où l'usufruitier soit considéré comme obligé contractuellement envers le propriétaire, par cela seul que celui-ci lui a livré la chose (2). En résumé donc, je ne vois dans l'action donnée par Javolénus qu'une action *in factum* proprement dite, fondée sur la même idée d'équité et tendant au même but que la *condictio* admise

(1) Ce détail nous est connu par un texte de Julien lui-même (L. 5, de manum. vind. XL, 2). Javolénus vivait sur la fin du premier siècle et au commencement du second (L. 2, § 47, de orig. jur. I, 2).

(2) S'il fallait voir un contrat innommé dans l'hypothèse de notre loi 10, ce contrat ressemblerait assurément au *mutuum*. Ce serait donc une anomalie.

par Sabinus, par Celsus et par Ulpien. Seulement, Justinien aurait dû choisir entre les deux décisions, au lieu de les insérer l'une et l'autre au Digeste. Il est, du reste, probable que celle d'Ulpien, placée au centre de la matière de l'usufruit, exprime la doctrine définitive (1).

L. 11 (Pomponius, lib. XXXIX ad Quintum Mucium). Quia actionem non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones quæ legibus proditæ sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet prætor in eo quod legi deest; quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ; idque utilitas ejus legis exigit.

C'est l'insuffisance du nombre des actions établies qui rend si souvent nécessaires des actions *in factum*. A l'égard même des actions établies par les lois, quand il s'agit d'une loi juste et nécessaire, le préteur en étend l'application aux cas omis par la loi. C'est ce qu'il fait notamment, quand il donne des actions *in factum* modelées sur celle de la loi Aquilia. Ainsi l'exige l'intérêt pratique qui a dicté cette loi.

Le droit civil n'a pas organisé des actions pour toutes les hypothèses où l'équité et les besoins de la pratique en réclament. De là l'introduction des actions *in factum*. C'est l'observation que formulait Papinien au début même de notre titre (L. 1, pr.), se référant non seulement aux actions *in factum* proprement dites, mais aussi et surtout à l'action *præscriptis verbis*, création également préparée et nécessitée par l'extrême limitation du nombre des actions anciennes. Le texte

(1) Il y a dans l'énoncé des faits, tel que le porte notre loi 10, une circonstance que je n'ai pas eu besoin de relever, parce qu'elle est pleinement indifférente pour l'intelligence de la décision. Le jurisconsulte suppose que le mari défunt a légué à sa femme l'usufruit du tiers de ses biens. Et nous retrouvons le même chiffre dans plusieurs textes relatifs à des legs d'usufruit entre conjoints (V. L. 48, de usur. XXII, 1. — L. 43, de us. et usuf. et red. XXXIII, 2). Pourquoi cela? C'est que deux époux, sans enfants d'un premier lit ni du lit commun, n'ont pas, l'un par rapport à l'autre, cette demi-capacité qu'ils auraient incontestablement, comme tous les *orbi*, par rapport à des tiers. Le survivant ne peut recueillir du prémourant qu'un dixième en pleine propriété et un tiers en usufruit (Ulpien, Reg. XV). Il est même probable que cette restriction s'appliquait aussi aux donations entre vifs, puisque les donations entre époux étaient traitées comme donations *mortis causa* (L. 32, § 1, de donat. int. vir. et uxor. XXIV 1).

de Pomponius présente-t-il la même portée? J'estime qu'il vise seulement les actions *in factum conceptæ*. Vous savez, en effet, que l'action *præscriptis verbis* ne fut pas introduite par le préteur, mais bien par les jurisconsultes. Or, Pomponius, ses expressions et le mode d'enchaînement de ses idées l'annoncent, ne s'occupe que d'actions puisant exclusivement leur origine dans le droit prétorien (1). Son but, si je ne me trompe, est de faire ressortir, en les opposant l'un à l'autre, les deux procédés les plus ordinaires auxquels le préteur fait appel lorsqu'il se propose de combler par une action une lacune du droit civil. Quelquefois il crée entièrement et en dehors de toutes les prévisions du droit ancien. Il imagine, par exemple, l'action *de constituta pecunia*, l'action *de jurejurando*, et d'autres que l'on ne saurait traiter comme de simples extensions d'actions déjà connues. C'est à ces actions que se réfère la première phrase du texte. D'autres fois, et ceci est nettement indiqué dans la phrase suivante, le préteur s'empare des données insuffisantes du droit civil : interprète hardi, il en développe la pensée, il en complète les créations plutôt qu'il ne crée lui-même. En un mot, sous le nom d'action *utile*, il étend une action déjà existante à des hypothèses que la loi a négligé de prévoir : il fonde cette extension sur l'analogie de ces hypothèses avec celles que le texte législatif

(1) La seconde phrase du texte se réfère évidemment à des actions prétoriennes : *supplet prætor*. Qu'il en soit de même de la première phrase, cela résulte de la manière même par laquelle elle est rattachée à la seconde: *Sed et*. Cela résulte aussi de l'emploi du mot *desiderantur*. De même que l'on dit du préteur : *accommodat actionem*, lorsqu'il s'agit d'une action dérivant de sa *jurisdictio*, de même est-il naturel de dire de la personne qui a besoin d'une telle action : *desiderat actionem*.

règle directement. Ainsi la loi Aquilia, c'est l'exemple développé par Pomponius, réprime le dommage qu'une personne cause *corpore suo* à un objet corporel qui appartient à un tiers. Mais elle s'arrête là : or, est-ce que la justice et la nécessité pratique qui ont inspiré la loi Aquilia parlent avec moins de force, lorsque le dommage n'a pas été directement causé *corpore*? Que je tue l'esclave d'autrui d'un coup de couteau, ou que je l'enferme de manière à ce qu'il meure de faim, ma conduite est-elle moins coupable et le maître moins lésé? Le préteur donne donc, en ce dernier cas, une action qu'il appelle action utile de la loi Aquilia (1). Par un procédé pareil, il donnera des actions utiles, toutes les fois qu'il rencontrera des lacunes dans une loi en elle-même bonne et nécessaire. Ces actions utiles suivront les mêmes règles et donneront les mêmes résultats pratiques que les actions directes dont elles réfléchissent le type (2). Mais le préteur se garderait d'étendre l'application d'une loi qu'il considérerait comme blessant les principes du droit, c'est-à-dire la conception rationnelle de la justice, ou comme ne répondant à aucun besoin pratique (3). C'est ce qui résulte de ces mots du texte : *Si lex justa ac necessaria sit.*

L. 14, pr. (Ulpianus, lib. XLI, ad Sabinum). Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur

Celui qui pour sauver ses propres marchandises a jeté à la mer les marchandises d'autrui n'est tenu d'aucune action. Mais s'il avait ainsi agi sans

(1) Pomponius, en donnant cet exemple, ne se réfère pas à l'action *in factum* dont il est question à la fin du titre *de lege Aquilia* aux Institutes (§ 16, in fin, IV, 3). Cette action n'est pas *legi Aquiliæ accommodata*. La condamnation s'y mesure seulement sur le dommage causé et ne double pas en cas d'*infitiatio*. C'est donc une action rentrant dans celles que prévoit la première phrase de notre texte.

(2) Voir ci-dessus page 60, note 1.

(3) Comme exemples de ces lois, on peut citer au premier rang les lois

actione; sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur.

cause, il serait tenu d'une action *in factum;* et s'il y avait dol, de l'action *de dolo.*

Le jurisconsulte prévoit ici deux hypothèses que je dois envisager distinctement.

Première hypothèse. — Je jette à la mer les marchandises d'autrui, non par méchanceté, mais pour sauver les miennes; et en fait, cette mesure extrême était commandée par la nécessité. La charge trop forte du navire qui portait mes marchandises et d'autres encore ne lui permettait pas de résister au choc d'une tempête. Je ne suis tenu d'aucune action, décide Ulpien. Sans doute le texte se préoccupe exclusivement de mes rapports avec le propriétaire des marchandises précipitées à la mer, et c'est pourquoi il donne cette décision absolue. Mais il faut savoir que, d'après la *lex Rhodia de jactu*, lorsque pour alléger le navire on jette certaines marchandises à la mer et qu'on réussit par là à sauver et le navire et le reste de la cargaison, le propriétaire dépouillé est autorisé à intenter l'action *locati* contre le *magister navis*, et celui-ci à son tour l'action *ex conducto* contre tous les chargeurs qui ont profité du jet, de telle sorte que finalement la perte se distribue entre le *magister navis* et les divers chargeurs au prorata du préjudice évité par chacun (L. 2, § 1 et 2, de leg. Rhod. de jact. XIV, 2). Dans notre espèce donc, je serai tenu, non pas précisément pour avoir jeté à la mer les marchandises d'autrui, mais parce que le jet a sauvé les miennes. Et de là deux conséquences : 1° C'est le *magister navis* qui agira

caducaires et toutes les lois restrictives de la faculté d'affranchir ou des effets de l'affranchissement.

contre moi, ce n'est pas le chargeur lésé ; car celui-ci dirige son action contre le *magister navis* ; 2° L'action exercée contre moi n'aboutira pas à une condamnation *in solidum*, puisque la perte doit être supportée proportionnellement par tous ceux qui ont profité du jet et aussi par le chargeur lésé.

Deuxième hypothèse. — Ici Ulpien supppose que je n'avais aucune raison de jeter à la mer les marchandises d'autrui, c'est-à-dire que ce jet n'était pas nécessaire pour prévenir la perte du navire. Dès lors je serai tenu envers le propriétaire de l'action *de dolo*, si j'ai agi frauduleusement; sinon, d'une action *in factum*. Qu'est-ce que cette action *in factum*? Est-ce l'action utile de la loi Aquilia? Non ; car le fait qui, à défaut de dol, autorise l'action directe ou utile de la loi Aquilia, ne cesse pas de l'autoriser parce qu'il y a dol. La loi Aquilia ne distingue pas, vous le savez, entre le dol et la faute. Il s'agit donc ici d'une action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo*. Mais pourquoi donc ne pas donner l'action de la loi Aquilia? Cela tient évidemment à ce qu'Ulpien s'attache aux expressions mêmes de la loi : elle suppose *aliquid ruptum*, c'est-à-dire comme l'explique Gaius, *aliquid corruptum* (Gaius, III, § 217). Or, il ne résulte pas nécessairement du *jactus* que la marchandise ait été dégradée ou détériorée. Toutefois l'action de la loi Aquilia deviendrait évidemment possible, s'il s'agissait de marchandises que le contact de l'eau doit forcément corrompre ou dénaturer, comme du blé ou du sel (L. 27, § 19, ad leg. Aquil. IX, 2). Et pour les marchandises mêmes qui ne rentrent pas dans cette catégorie, il n'est pas probable que l'action de la loi Aquilia fût réprouvée

par tous les jurisconsultes. Sabinus, au rapport d'Ulpien, la donnait contre celui qui en poussant une personne avait fait tomber de sa main des pièces d'argent qui avaient roulé dans la mer ou dans un fleuve (L. 27, § 21, ad leg. Aquil.). Sabinus considérait sans doute que les pièces de monnaie, quoique conservant leur individualité, étaient en réalité détruites pour leur propriétaire comme une maison qu'on aurait incendiée (L. 27, § 7, ad leg. Aquil.). Quoi qu'il en soit de ce point secondaire, ce qui est évident, c'est qu'il n'y a rien dans notre hypothèse qui ressemble à un contrat innommé, et qu'en conséquence ce n'est pas de l'action *præscriptis verbis* qu'il est ici question sous le nom d'action *in factum*. La même observation s'applique à la loi tout entière.

L. 14, § 1. Sed et si servum quis alienum spoliaverit, isque frigore mortuus sit, de vestimentis quidem furti agi poterit, de servo vero in factum agendum, criminali pæna adversus eum servata.

Si quelqu'un a dépouillé l'esclave d'autrui, et que cet esclave soit mort de froid, l'action *furti* est possible en ce qui concerne les vêtements. Quant à la mort de l'esclave, elle donne lieu à une action *in factum*, sans préjudice de la peine criminelle encourue par l'auteur du fait.

Nulle difficulté sur l'espèce considérée en elle-même. Le même fait contient ici deux délits distincts, un vol des vêtements et le meurtre de l'esclave. Le vol des vêtements sera puni par l'action *furti*. Le meurtre de l'esclave donnera lieu à une action *in factum* qui cette fois n'est autre que l'action utile de la loi Aquilia. Car le dommage a bien été causé *corpori alieno*; seulement, il ne résulte pas d'une manière immédiate et exclusive du fait du délinquant. L'hypothèse est absolument comparable à celle de l'esclave d'autrui que j'enferme et qui meurt de faim, cas auquel les Institutes (de leg.

Aquil. § 16) n'hésitent pas à donner l'action utile de la loi Aquilia. Aussi voyez-vous qu'Ulpien ne distingue pas du tout si en dépouillant l'esclave le spoliateur s'est rendu compte ou non des conséquences possibles de son action. Or, évidemment, s'il s'agissait ici d'une action *in factum* semblable à celle du paragraphe précédent, Ulpien ferait cette distinction et donnerait en cas de dol l'action *de dolo*.

Notre texte, je vous le rappelle, joue un rôle important dans la question si délicate et si controversée, soit entre les interprètes, soit même entre les jurisconsultes Romains, de savoir si, en cas de concours de plusieurs actions pénales, l'exercice de l'une s'oppose à l'exercice des autres. Dans notre espèce, il paraît bien certain que la condamnation obtenue sur l'action *furti* n'empêchera pas le propriétaire de l'esclave d'obtenir une seconde condamnation par l'action de la loi Aquilia, et réciproquement. Il est impossible, en effet, de considérer ces deux actions comme concourant *de eadem re*. Le *furtum* des vêtements et le meurtre de l'esclave constituent deux délits bien distincts; le même fait ne les contenait pas l'un et l'autre, et l'on conçoit sans aucune difficulté l'esclave dépouillé de ses vêtements, et cependant ne mourant pas, n'éprouvant pas même la moindre lésion physique. L'hypothèse n'est donc pas assimilable à celle d'un esclave d'autrui que je frappe en vue d'injurier le maître, et que du même coup je blesse ou tue. Ici les deux délits ne sauraient être divisés ; ils sont le résultat nécessaire et immédiat du même fait ; et la question du cumul des diverses actions pénales devient sérieusement controversable (L. 34, pr. de oblig. et act. XLIV, 7). Ce n'est pas ici le lieu de la

traiter : tout ce que j'ai voulu vous faire remarquer, c'est que le cumul de l'action *furti* et de l'action utile de la loi Aquilia admis dans notre hypothèse ne préjuge pas la question plus générale que je vous ai rappelée.

L. 14, § 2. Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abjecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius libro septimo decimo ad Sabinum scripsit neque furti neque damni injuriæ actionem esse, in factum tamen agendum.

Mais si quelqu'un, dans l'intention de causer un dommage, et sans aucune vue de lucre, jette à la mer une coupe d'argent appartenant à autrui, Pomponius, au livre dix-sept de son commentaire sur Sabinus, écrit qu'il n'y a lieu ni à l'action *furti* ni à l'action *damni injuriæ*, mais qu'il faudra agir *in factum*.

Rien de plus simple que le refus de l'action *furti* dans notre espèce, car l'auteur du dommage n'a pas eu l'intention de s'approprier la coupe. La loi Aquilia n'est pas applicable non plus, parce que le *corpus* n'a pas été détérioré. Aussi Pomponius ne donne-t-il qu'une action *in factum* certainement tout autre que l'action utile de la loi Aquilia. Ce point ressort avec évidence d'une décision rendue par Proculus sur l'espèce suivante : Un sanglier était pris dans un filet tendu par moi, donc il m'appartenait. Vous le mettez en liberté, vous serez tenu d'une action *in factum*, ainsi qu'on l'a décidé à l'égard de celui qui aurait jeté à la mer une coupe appartenant à autrui (1). Remarquez bien cette analogie que Proculus établit entre l'hypothèse du sanglier mis en liberté et celle des coupes

(1) Le texte de Proculus forme la loi 55, de acq. rer. domin. (XLI, 1). En voici la portion essentielle à l'intelligence de notre question : « In laqueum quem venandi causa posueras aper incidit ; quum eo hæreret, exemptum eum abstuli. . . . . Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit ; sin autem aprum meum ferum (lisez peut-être *factum)* in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset, et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, quum quidam poculum alterius ex nave ejecisset. »

lancées à la mer. Pour résoudre la première, il cherche non pas un argument direct, mais un appui subsidiaire dans la solution que les jurisconsultes avaient déjà donnée sur la seconde. Or, l'espèce du sanglier mis en liberté me paraît absolument semblable à l'espèce célèbre de l'esclave que vous avez attaché, que je détache par pitié et qui s'enfuit (1). Ni le sanglier ni l'esclave n'ont éprouvé une lésion matérielle; et s'il y a *damnum injuria datum*, il n'y a pas *damnum corpori alieno datum*. Donc si contre celui qui a causé la fuite de l'esclave, il n'y a pas lieu à l'action utile de la loi Aquilia, mais à une simple action *in factum* (§ 16, de leg. Aquil. Inst. III, 3), nécessairement c'est cette même action *in factum* qui compète dans l'espèce du sanglier mis en liberté, et puisque cette espèce est reglée d'une manière identique à celle des coupes jetées à la mer, c'est bien aussi à une simple action *in factum* que notre texte se réfère. Au surplus, Sabinus eût évidemment, d'après la doctrine que lui atttribue Ulpien, donné l'action de la loi Aquilia (2).

(1) Il y a bien une différence, mais insignifiante au point de vue qui m'occupe ; c'est que le sanglier échappé redevient *res nullius*, tandis que l'esclave fugitif continue d'appartenir à son maître.

(2) L. 27 § 21, ad leg. Aquil. (IX, 2) « Si quis de manu mihi nummos » excusserit, Sabinus existimat damni injuriæ esse actionem, si ita perierint » ne ad aliquem pervenirent; puta si in flumen, vel in mare, vel in cloacam » ceciderunt; quod si ad aliquem pervenerunt ope consilio, furtum factum » agendum, quod et antiquis placuit. Idem, etiam in factum dari posse ac- » tionem ait. » Il est bizarre que Sabinus donnât tout ensemble l'action de la loi Aquilia et une action *in factum*. Si donc l'on observe que la décision de notre loi 14 § 2 est tirée du commentaire de Pomponius sur Sabinus, on peut soupçonner que Pomponius critiquait la décision de Sabinus, et à l'action de la loi Aquilia donnée par ce jurisconsulte substituait une action *in factum*. Puis les rédacteurs des Pandectes, ayant sous les yeux le texte d'Ulpien qui rapportait les deux doctrines, les auraient réunies dans une association peu intelligible, et les auraient l'une et l'autre attribuées à Sabinus.

Ce qui peut surprendre, c'est qu'Ulpien ayant supposé que les coupes ont été jetées *damni dandi causa*, c'est-à-dire par dol, ne s'attache pas ici à l'action *de dolo*, plus conforme, ce semble, à la distinction qu'il a formulée dans le *principium* de notre loi. Se bornait-il à rapporter la décision de Pomponius sans y adhérer? Cela est très-possible. Mais je suis assez porté à croire que sur toutes ces espèces et sur beaucoup d'autres pareilles, les Romains n'étaient pas guidés par des principes bien fixes. D'accord sur la nécessité d'une réparation du dommage causé, ils ne s'accordaient plus aussi bien sur la voie à suivre pour arriver à cette réparation.

L. 14 § 3. Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim; nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque damni injuriæ agi posse; in factum itaque erit agendum.

Si des fruits tombent de votre arbre sur mon fonds, et que j'y envoie mon troupeau pour les consommer, Ariston écrit qu'il ne trouve dans la loi aucune action à vous donner; en effet, vous ne pouvez pas invoquer la loi des douze tables pour agir *de pastu* ou *de pauperie;* vous n'avez pas non plus l'action *damni injuriæ;* il faudra donc agir *in factum.*

Vous remarquerez d'abord que je donne au mot *glans* la signification générale de fruits, et j'y suis autorisé par les textes (L. unic. § 1, de gland. leg. XLIII, 28. — L. 236, § 1, de verb. signif. L. 16).

Dans notre espèce, le jurisconsulte Ariston ne trouve dans le droit ancien aucune action par laquelle le propriétaire puisse se faire indemniser. Ni l'action *de pauperie*, ni l'action *de pastu*, l'une et l'autre noxales et organisées par la loi des douze tables (Paul, I, 15, § 1), ne seront possibles. Pourquoi cela? C'est que l'une et l'autre actions supposent un dommage causé, à mon

insu, par l'acte spontané de mon troupeau ; l'action *de pastu* suppose de plus que le troupeau a mangé l'herbe ou les fruits d'autrui sur le fonds même qui les a produits. Or, dans l'espèce le troupeau a été poussé par son propriétaire, et il a consommé les fruits hors du fonds. A défaut de ces deux actions, celle de la loi Aquilia ne serait-elle pas admissible ? Non, décide encore le jurisconsulte ; car on distingue entre le dommage qui dégrade la chose d'autrui et la consommation qui la fait disparaître. Ce dernier cas ne rentre pas dans les prévisions littérales de la loi Aquilia. Il est vrai que l'on donne contre le consommateur une action *utilis legis Aquiliæ* (L. 30, § 2, ad leg. Aquil. IX, 2). Si dans notre espèce Ariston n'accorde qu'une action *in factum*, c'est sans doute parce que je n'ai pas moi-même consommé les fruits, je les ai fait consommer par mon troupeau. Vous lirez cependant dans un texte du Code (L. 6, de leg. Aquil. c. III, 35) qu'au sujet des produits *quæ depasta sunt per injuriam*, rien n'empêche d'agir *ex sententia legis Aquiliæ*, c'est-à-dire par une action utile de la loi Aquilia. Reste à savoir si ce texte ne se réfère pas exclusivement à l'hypothèse d'un troupeau que j'aurais envoyé paître sur le fonds d'autrui. La question ne vaut assurément pas qu'on l'approfondisse. Vous voyez, et c'est l'important, que dans toutes les hypothèses de notre loi 14, il n'y a pas contrat innommé : il manque dans toutes un élément essentiel, la convention.

L. 21 (Ulpianus lib. II disputationum). Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.

Chaque fois qu'une action ou une exception fait défaut, on donne une action ou une exception utile.

On appelle proprement action utile, vous le savez, une action déjà créée, déjà proposée dans l'édit, mais étendue, d'après l'esprit plutôt que d'après les termes de la loi, à des hypothèses voisines de celles auxquelles elle s'applique directement. Il n'y a pas d'action qui ne puisse être donnée comme action utile.

Il ne faut pas confondre avec les actions utiles les simples actions *in factum*, véritables créations prétoriennes, qui, au lieu d'émaner d'un type déjà existant dont elles ne soient qu'une extension et dont elles empruntent les règles, sont données en dehors de toute analogie avec les actions connues et conséquemment ne suivent les règles d'aucune d'elles. Au début, ces actions ne figurent pas dans l'édit. Le préteur les donne après examen, dans des cas où elles lui paraissent nécessaires. Puis, quand la pratique les a consacrées, elles prennent place dans l'édit (Gaius, IV, § 46 et 47). Mais la dénomination d'actions *in factum* leur reste comme signe de leur origine et comme indication du caractère spécial de leur formule.

Comme vous l'avez vu tout à l'heure par l'explication de la loi 11, les actions utiles sont elles-mêmes rédigées *in factum*. Cela est vrai du moins de la grande majorité (1). D'autre part, vous avez vu aussi que toutes les actions *in factum*, utiles ou non utiles, je veux dire imitées d'une autre action ou originales, naissent des insuffisances de la loi et des nécessités que révèlent les faits toujours plus variés et plus complexes que les prévisions du législateur. Et c'est pourquoi sans la moindre inexactitude, on pourrait dire que les simples actions

(1) Il faut excepter les actions utiles qui reposent sur une fiction. Celles-là ne sont pas *in factum conceptæ*. (Gaius, III § 84–IV § 38.)

in factum sont des actions utiles dont le type n'était pas encore créé, et que les actions utiles sont des actions *in factum* émanant d'un type déjà connu. Ces idées vous expliquent la confusion du langage des Romains en cette matière. Très-souvent les textes qualifient simplement *in factum* des actions qu'avec plus de précision on appellerait utiles ; la loi 14 § 1 vous offrait tout à l'heure un exemple de ce langage. En sens inverse, n'arrive-t-il jamais qu'une simple action *in factum* soit qualifiée *utilis*? Telle est, je n'hésite pas à le croire, l'acception de ce mot dans notre loi 21. Ce qui me détermine, c'est d'abord l'expression même du texte: *Quoties deficit actio.* Visiblement, Ulpien ne suppose pas l'existence d'une action insuffisante, il suppose le défaut absolu d'action. Il y a donc lieu à une création, non à une simple extension. Un autre motif appuie mon interprétation. C'est qu'Ulpien parle aussi d'exceptions utiles. Or, jamais on n'oppose une exception utile à une exception directe, comme on oppose l'action utile à l'action directe. D'où il suit que la qualification *utilis* ne revêt pas ici sa signification ordinaire : Le jurisconsulte l'appliquant et à certaines actions et à certaines exceptions ne saurait lui donner à la fois deux sens différents. Donc le sens qu'elle ne comporte pas à l'égard des exceptions, elle ne le présente pas non plus ici à l'égard des actions. Que signifie donc quant aux exceptions cette qualification qui leur est si rarement appliquée? Elle me paraît convenir à toutes les exceptions *in factum*, c'est-à-dire à celles dans lesquelles on décrit le fait sur lequel on les fonde. Primitivement les exceptions *in factum* n'étaient pas proposées dans l'édit, le préteur les donnait en connaissance de cause

(Gaïus IV, § 118). Ainsi l'exception générale de dol figure dans l'édit; mais s'il faut éviter l'infamie au demandeur, le préteur énonce dans la formule le fait constitutif du dol et n'écrit pas le mot de dol (L. 4, § 16, de dol. mal. et met. except. XLIV, 4). Pareillement, s'il faut que l'exception soit opposée non plus à l'auteur du dol, mais à un de ses ayant-cause ou à une personne qui en est jusqu'à un certain point responsable, le préteur formulera le fait (L. 4, § 32, de dol. mal. et met. except. — L. 14, de except. XLIV, 1). Une fois passées dans la pratique, ces exceptions finissent par figurer dans l'édit, mais elles restent *in factum* dans leur rédaction (1). Vous voyez, par ces explications fort sommaires, que les exceptions *in factum* dérivent, elles aussi, de l'insuffisance de la législation. Elles naissent d'un besoin, et voilà pourquoi Ulpien peut les qualifier utiles.

L. 23 (Alfenus, lib. III, Digestorum a Paulo epitomatorum). Duo secundum Tiberim quum ambularent, alter eorum ei qui secum ambulabat rogatus annulum ostendit ut respiceret; illi excidit annulus, et in Tiberim devolutus est; respondit posse agi cum eo in factum actione.

Deux personnes se promenant sur les bords du Tibre, l'un d'elles demanda à l'autre de lui montrer son anneau pour l'examiner : l'anneau lui fut remis, mais lui échappa et roula dans le Tibre. Le jurisconsulte a répondu qu'elle était tenue d'une action *in factum*.

Faut-il dire avec Cujas qu'il s'agit ici de l'action *præscriptis verbis*, et la fonder sur ce que la remise de l'anneau, intervenue en exécution d'une convention tacite de restituer, aurait formé un contrat ? J'ai grand

(1) Il y a des exceptions *in factum* qui évidemment n'ont jamais dû figurer dans l'édit. Ce sont celles d'une application fort rare (Ex : L. 23, de except. XLIV, 1). Ce sont aussi celles qui ont pour objet de remplacer une exception dérivant d'une loi (Ex : § 310, frag. Vat.).

peine à croire que l'on puisse trouver dans une convention aussi insignifiante les éléments d'une véritable opération juridique. Le nom seul de l'auteur de notre texte, le nom d'Alfénus, jurisconsulte encore plus ancien que Labéon, me garantit la fausseté de l'interprétation de Cujas. Si celui qui laisse rouler l'anneau dans le fleuve est tenu d'une action, c'est parce qu'il a maladroitement causé un dommage à un tiers. Et si le jurisconsulte relève cette circonstance qu'il avait demandé à voir l'anneau, c'est uniquement pour faire ressortir la faute contenue dans cette maladresse. Alfénus se réfère donc à une simple action *in factum*, non pas même à l'action utile de la loi Aquilia ; car l'anneau n'éprouve pas, pour avoir roulé dans le Tibre, une détérioration ; il est perdu pour son propriétaire, mais non endommagé. Toutefois, on pourrait se demander si Justinien, reproduisant la décision d'Alfénus, n'entend pas en changer le sens, si ce n'est pas à l'action *præscriptis verbis* qu'il fait allusion. Mais l'intention de contracter ne ressort pas ici avec l'évidence requise par la loi 8 de notre titre. Et je ne puis voir dans l'espèce qu'une convention, comme il s'en fait tous les jours, n'impliquant nullement l'intention de créer un lien, convention par conséquent destituée comme telle de toute valeur juridique.

20e CONFÉRENCE.

Ce n'est pas tout d'avoir dressé laborieusement un fidèle et minutieux inventaire de nos textes : il est indispensable d'embrasser dans un coup d'œil d'ensemble quelques-uns des résultats les plus saillants qui se dégagent de cet inventaire. Par là seulement nous acquerrons la conscience claire et en quelque sorte la pleine possession de l'actif constaté.

En fait, Justinien réunit dans un même titre deux matières profondément dissemblables, l'action *præscriptis verbis* et les actions *in factum*. C'est ce que dès le début la rubrique même du titre nous avait fait pressentir ; c'est ce que nous a prouvé avec évidence l'insertion d'un certain nombre de textes tout-à-fait étrangers à l'action *præscriptis verbis* et exclusivement afférents à des actions *in factum*. Or, trois explications peuvent, à des points de vue bien différents, nous rendre compte de ce procédé, je ne puis dire de cette méthode. Et selon celle qui nous paraîtra la plus vraisemblable, nous devrons imputer au législateur Byzantin des erreurs ou des distractions, ou lui reconnaître une intention réfléchie et un plan dont il nous restera à apprécier la valeur.

1° La formule de l'action *præscriptis verbis*, comme celle des véritables actions *in factum*, ne pouvant désigner par un nom juridique le fait qui sert de base à

l'action, substitue à ce nom qui manque un bref énoncé des faits. Sous ce rapport elle est elle-même conçue *in factum*. Aussi avons-nous vu que cette qualification, quelquefois seule, plus souvent accompagnée d'une autre, s'applique volontiers à l'action *præscriptis verbis*. Mais tandis que les véritables actions *in factum*, dépourvues de *demonstratio*, précisent le fait dans l'*intentio* même, l'action *præscriptis verbis* nous présente au contraire une *demonstratio* et une *intentio*. L'*intentio* est *in jus concepta*, et c'est dans la *demonstratio* seule que figure la description du fait. Donc, si les qualifications sont identiques, leur sens diffère; et cette différence, qui tient à la nature intime des actions elles-mêmes, ressort avec éclat de la comparaison de leurs formules. Mais, comme la pratique du système formulaire avait disparu au temps de Justinien, il est possible que trompé par une ressemblance toute superficielle et par un langage qu'il ne comprenait plus, il se soit proposé ici pour objet unique la matière générale des actions *in factum*, étudiant plus spécialement entre toutes l'action *præscriptis verbis* qui lui aurait paru la plus importante et la plus pratique de ces actions. Si tel a été le point de vue des commissaires de Justinien, il implique de leur part une grossière confusion et l'ignorance la plus invraisemblable d'un système de procédure qui, quoique mort devant les tribunaux, n'avait pas cessé de vivre dans les écrits toujours consultés des anciens prudents, et seul, par ses classifications restées debout, maintenait un reste d'esprit scientifique dans la jurisprudence impuissante du bas-empire.

2° Par une suite nécessaire des longues dissidences

des jurisconsultes sur la manière de sanctionner les contrats innommés, les divers ouvrages qui ont fourni les matériaux de notre titre devaient présenter dans certaines hypothèses identiques des décisions toutes contraires, les uns donnant une action *in factum* quand les autres donnaient l'action *præscriptis verbis*. Cette dernière ayant définitivement prévalu, les commissaires de Justinien, là où ils lisaient action *in factum*, traduisaient volontiers action *præscriptis verbis*, tout au moins ajoutaient ces derniers mots à titre d'explication. A leurs yeux peut-être, l'antagonisme si réel des anciennes doctrines se résolvait en une simple diversité de langage qu'il fallait effacer. Donc ne réfléchissant pas que la dénomination *in factum* s'appliquait à beaucoup d'autres actions qui n'avaient rien de contractuel et qui différaient totalement de l'action *præscriptis verbis*, en conséquence admettant un instant, par une vue superficielle et incomplète, la pleine synonymie des deux expressions et l'identité absolue des deux choses, peut-être, dis-je, se sont-ils proposé de traiter exclusivement de l'action *præscriptis verbis*; de sorte que la rubrique du titre annoncerait plus qu'il ne doit contenir et pécherait par redondance. Puis, cédant à l'attraction des mots, par mégarde et très-innocemment ils auraient introduit dans notre titre quelques textes absolument étrangers à toute idée de contrat et où la doctrine même de leur temps n'aurait pu s'accommoder de la substitution ou de l'addition dont je vous parlais tout à l'heure. Dans cette explication, deux reproches devraient être adressés aux commissaires de Justinien. D'abord, ils témoigneraient une ignorance excessive, mais assez vraisemblable chez eux,

de l'histoire interne du droit Romain. En second lieu, ils seraient tombés dans une méprise à laquelle je ne puis croire. Il faudrait dire, en effet, que toutes les actions *in factum*, même non-contractuelles, que notre titre nous a présentées, seraient dans leur pensée des applications de l'action *præscriptis verbis*. Or, cette confusion, déjà étonnante en elle-même, rendrait inexplicable la sobriété et l'exactitude discrète de leurs corrections et additions. Pourquoi donc n'auraient-ils remanié aucun des textes que la cessation des anciennes dissidences n'avaient pas pu rendre applicables à l'action *præscriptis verbis*? Cette réserve n'est-elle pas un indice de réflexion? Ne donne-t-elle pas à penser que les rédacteurs de notre titre avaient la pleine conscience de la distinction qu'il faut faire entre les actions *in factum* et les actions *præscriptis verbis*, mais qu'ils ont voulu traiter cumulativement des unes et des autres? Pourquoi l'ont-ils voulu? Cette question m'amène à une troisième explication dans laquelle la composition de notre titre échappera à tout reproche de confusion ou d'erreur.

3° Nous avons vu tout récemment que le préteur créait quelquefois des actions *in factum*, dont le droit civil ne lui fournissait pas le modèle ; que d'autres fois, sous le nom d'action utile, il appliquait une action connue à des hypothèses plus ou moins rapprochées de l'hypothèse précise pour laquelle cette action avait été organisée. Vous pouvez ajouter que les actions civiles elles-mêmes se transformaient en actions *in factum*, également qualifiées utiles, lorsque c'était un fils de famille qui les exerçait (L. 13, de oblig. et act. XLIV, 7. — L. 18, § 1, de judic. V, 1). Dans tous ces cas, l'ac-

tion *in factum* est rendue nécessaire par l'insuffisance du droit civil, et de là le caractère spécial de la formule. Si elle ne pose aucune question de droit, c'est que rigoureusement il paraît impossible d'affirmer l'existence d'un droit qui ne découle pas d'une source civile ou de l'affirmer au profit d'une personne que la loi déclare incapable d'être le sujet actif d'un droit. Eh bien ! c'est cette même nécessité, moindre, nous le verrons bientôt, mais pourtant réelle, de remédier à l'insuffisance du droit civil, qui détermina la création de l'action *præscriptis verbis*. Il y a donc une incontestable communauté d'origine entre cette action et les actions *in factum*. Envisagé d'une manière générale, leur but est le même. Et ce qui le prouve avec la dernière évidence, c'est précisément l'accord des jurisconsultes sur la nécessité d'admettre des contrats innommés, et tout ensemble leur divergence sur la manière de les garantir. L'insuffisance du droit primitif apparaît à tous, mais ils diffèrent sur le remède à appliquer ; et tandis que les uns recourent à une action nouvelle, les autres se contentent du correctif ordinaire ; ils donnent des actions *in factum*. Pourquoi donc ne serait-ce pas cette communauté d'origine et de but qui aurait décidé Justinien à réunir ensemble nos deux matières ? Il aurait ainsi travaillé sur un plan dont il avait conscience, et ce plan révélerait au moins la bonne volonté de procéder par une méthode scientifique et de s'élever à des idées générales.

Au surplus, quelle qu'ait pu être la pensée de Justinien, assez indifférente en elle-même, qu'il ait juxtaposé nos deux matières par hasard ou erreur, ou qu'il les ait rapprochées dans un but réfléchi, demandons-nous

si ce rapprochement qui existe en fait présente quelque valeur scientifique et si une méthode rigoureuse peut s'en accommoder? Je n'hésite pas à répondre négativement. Deux motifs m'y déterminent :

1° En premier lieu, il fut possible, une fois la théorie des contrats innommés dégagée et formulée, de ramener à des principes fixes toutes les applications de l'action *præscriptis verbis*. Les conditions d'admissibilité de cette action purent être déterminées : elle suppose toujours ce que Paul et Celsus ont appelé *ob rem datum ;* elle suppose une convention suivie d'exécution par l'une des parties ; de sorte que l'interprète qui a sérieusement étudié les principes de la matière peut, sur le vu d'une hypothèse et indépendamment des textes, décider si cette action est admissible ou ne l'est pas. Au contraire, il est impossible de préciser dans une formule satisfaisante les conditions voulues pour qu'il y ait ouverture aux actions *in factum*. Dites d'une manière générale et vague que le préteur les donne par des considérations de nécessité et d'utilité pratique, soit ; mais où prendre un critérium tel que, mis en présence d'un fait, nous puissions, sans consulter les textes, assurer qu'il engendre une action *in factum*? Entrons plus avant dans la nature de ces actions, et nous allons voir que, si l'on peut donner une idée générale de leur but, il est absolument impossible, soit dans un corps de lois, soit dans une étude théorique, d'assigner une place déterminée et unique à toutes les applications qui en ont été faites. De deux choses l'une : ou l'action *in factum* est donnée par extension d'une action ancienne, elle est *utilis ;* ou elle est créée sans précédents, elle n'émane d'aucun type connu. Quand elle

est *utilis*, elle suppose la réunion des conditions qui donnent lieu à l'action directe à laquelle elle correspond ; elle suppose, dis-je, ces conditions, moins celles dont le préteur consent à se passer. Par exemple, s'il s'agit de l'action utile de la loi Aquilia, il faut un dommage causé sans droit à la chose corporelle d'autrui. Mais on n'exige plus que le délinquant ait causé le dommage *corpore suo*. Donc vous le voyez, les conditions de l'action *in factum utilis* seront toujours déterminées, non pas d'après un principe général susceptible d'être fixé par une formule invariable, mais spécialement pour chaque catégorie d'application. Cela étant, quelle place faut-il assigner logiquement aux actions utiles? La réponse est bien facile : puisqu'elles empruntent leurs conditions d'existence à d'autres actions dites directes, puisqu'elles ont, sinon même formule, du moins même règles et mêmes résultats pratiques, il faut traiter de chaque action utile à propos de l'action directe dont elle est une émanation et dont elle porte le nom.

Que si maintenant nous envisageons les actions *in factum* qui ont une nature propre, telle que l'action *de jurejurando*, l'action *de pecunia constituta*, l'action donnée pour la réparation du dommage qui n'a pas été causé *corpori*, nous trouvons bien que le magistrat qui les crée détermine les conditions d'existence et les conséquences de chacune. Mais pouvons-nous, en dehors des règles de rédaction de la formule, poser des principes qui leur soient communs à toutes? Non : ainsi les unes supposent une convention, d'autres n'en supposent pas. Les unes naissent d'un fait assimilable à un délit, les autres d'un fait moralement indifférent. Quelle place assigner à de pareilles actions? C'est une ques-

tion qui ne comporte guère que cette réponse générale : il faudra donner à chacune précisément la place qu'elle occuperait si elle avait été créée par le droit civil. Il faudra les placer là même où s'observerait la lacune qu'elles viennent combler.

En résumé, impossibilité de ramener les actions *in factum* à un principe unique et précis, par suite impossibilité de leur assigner dans une construction juridique une place unique, tel est le premier motif, déjà bien suffisant, qui aurait dû s'opposer à la juxtaposition de nos deux matières. Et telle est la puissance invincible de ce motif que Justinien, qui traite ici d'une manière sérieuse et à peu près complète de l'action *præscriptis verbis*, se borne sur les actions *in factum* à quelques textes de mince importance. Encore paraissent-ils déplacés dans le titre, nonobstant la rubrique.

2° En second lieu, s'il est incontestable que l'action *præscriptis verbis*, comme les actions *in factum*, vient combler une lacune du droit civil, il s'en faut de beaucoup, cependant, que le besoin auquel elle donne satisfaction fût aussi profond, aussi absolu que celui auquel répondent les actions *in factum*. Si quelque chose est évident, c'est que là où ces dernières sont accordées, généralement toute action civile fait défaut. Les actions *in factum* répondent donc à une nécessité de premier ordre, elles comblent un vide absolu ; elles sont, dans toute la force du terme, subsidiaires. Au contraire, l'action *præscriptis verbis*, subsidiaire aussi, en ce sens qu'elle ne concourt pas, en principe, avec une autre action contractuelle, n'implique pas l'impossibilité d'une action quelconque ; et malgré quelques

textes contraires dont la doctrine n'a pas prévalu (1), on ne saurait la considérer comme essentiellement subsidiaire. On la donne pour deux causes différentes, tantôt dans un pur intérêt de classification et de méthode, tantôt à raison de l'insuffisance d'une action civile déjà existante, jamais ou presque jamais pour combler un vide complet. C'est ce qui va ressortir d'une revue sommaire du développement historique de l'action *præscriptis verbis* et de ses principales applications.

Pour voir clair dans ce développement, il est essentiel de vous rappeler que, si nous sommes habitués à considérer l'action *præscriptis verbis* comme exclusivement destinée à faire valoir les contrats innommés, si même c'est là une idée très-exacte pour qui se place à la fin de la période classique, il est vrai néanmoins que cette action fut introduite en beaucoup d'hypothèses avant qu'on eût dégagé l'idée des contrats innommés. Les jurisconsultes qui créèrent et peu à peu étendirent cette action, suivaient une impulsion qu'ils n'analysaient pas suffisamment et appliquaient à leur insu une théorie qui ne reçut que plus tard sa forme scientifique. C'est Labéon qui introduisit cette action, et c'est seulement sous Trajan que la conception du contrat innommé paraît s'être traduite pour la première fois en une formule déjà nette, mais encore incomplète.

En essayant de comprendre dans un certain nombre de catégories déterminées les applications diverses de l'action *præscriptis verbis*, je laisserai de côté à peu près complètement les dissidences des jurisconsultes. Je vous rappelle d'ailleurs qu'il est tout à fait inexact

(1) Voir ci-dessus pages 91, 284, 200.

de supposer entre les deux écoles un antagonisme systématique, comme aussi de croire que ceux d'une même école marchassent tous uniformément dociles sous une même doctrine une fois dictée par le chef. Il faut se pénétrer de cette idée que la théorie de l'action *præscriptis verbis* se fit peu à peu, sans principe arrêté à l'avance, quelques-uns la repoussant tout à fait, et ceux-là mêmes qui l'admettaient ne s'accordant pas toujours sur les limites précises de son domaine.

Je ramènerai donc à cinq catégories les principales applications que cette action me paraît avoir reçues antérieurement à la formation de notre théorie des contrats innommés. Mais, bien entendu, je ne prétends ni les ranger dans l'ordre certain de leur développement chronologique ni vous donner une énumération absolument limitative.

Première catégorie. — Nous sommes en présence d'un contrat qui appartient indubitablement à une classe de contrats nommés. Mais les circonstances permettent un doute sur le nom du contrat. C'est ainsi que Labéon nous présente une hypothèse (L. 1, § 1, h. t.) dans laquelle, selon l'intention des parties, il y aura ou *locatio rei* ou *locatio operis faciendi*. En fait, cette intention étant obscure, nous savons bien que le contrat ne peut rentrer que dans l'une de ces deux espèces de louage. Dans laquelle des deux, nous ne le savons pas. Donc l'une des parties voulant agir, est-ce l'action *locati* ou l'action *conducti* qu'il faudra lui donner? Labéon se tire de la difficulté en lui donnant l'action *præscriptis verbis*. Quelle est ici l'utilité de cette action? Elle est aisée à comprendre : supposons que le créancier, dans l'espèce un propriétaire qui a donné

des marchandises à transporter par mer, se considérant comme *locator operis faciendi*, intentât l'action *locati*, et qu'après examen des faits le juge reconnût plutôt au contrat le caractère de *locatio rei* et par conséquent au créancier la qualité de *conductor*, l'action aboutirait nécessairement à l'absolution du défendeur. Le demandeur aurait-il pour cela perdu son droit? Non; car d'une part c'est la *demonstratio* qui énonce la cause juridique du contrat, et Gaius nous apprend qu'une *falsa demonstratio* ne consomme pas le droit, elle l'empêche d'être déduit *in judicium* (Gaius, IV, § 40 et 58). D'autre part, l'*intentio*, se référant à la cause indiquée dans la *demonstratio* (1), ne déduit elle-même *in judicium* que ce qui peut être dû en vertu de cette cause. Dans notre espèce donc, le créancier ayant agi *ex locato*, et le juge décidant qu'il n'est pas *locator*, il est évident que les droits qui peuvent lui appartenir comme *conductor* n'ont pas été déduits *in judicium*. Il a demandé *aliud pro alio*; donc il conserve le droit d'exercer l'action *conducti*, dans laquelle il triomphera évidemment si le second juge apprécie le caractère du contrat de la même manière que le premier juge (Gaius IV, § 55). Mais si le contraire arrive, si le second juge voit dans le contrat une *locatio operis faciendi*, il absoudra encore le défendeur. Et cette fois le créancier aura bien épuisé le droit d'agir *ex contractu*. Sera-t-il destitué de toute ressource civile? Je ne le pense pas. Il est impossible de lui refuser l'action en revendication de ses marchandises, soit qu'elles se trouvent encore

(1) Gaius (IV, § 47) nous donne l'exemple d'une *intentio* qui se réfère expressément à la cause énoncée dans la *demonstratio* : « Quidquid *ob eam rem* dare facere oportet. »

aux mains du *magister magis* à qui il les a confiées, soit que celui-ci s'en soit dessaisi par dol. Concluons : Si Labéon donne ici l'action *præscriptis verbis*, ce n'est pas pour suppléer au défaut absolu d'action; c'est d'abord dans un intérêt de méthode, car il est bizarre qu'on ne puisse nommer à coup sûr un contrat qui a certainement un nom. C'est aussi pour assurer mieux le respect de la convention en évitant au créancier le danger de deux échecs successifs sur l'action *locati* et sur l'action *conducti*, ce qui entraînerait pour lui déchéance de toute action contractuelle.

Deuxième catégorie. — Il y a d'autres hypothèses assez voisines de celle qui précède dans lesquelles il est impossible de déterminer immédiatement la nature du contrat. Il faudrait pour faire cette détermination avec certitude attendre le résultat. Telle est notamment l'hypothèse dans laquelle je vous livre un objet pour le vendre et en garder le prix à titre de *mutuum* (L. 19, pr. h. t.). Changeant d'intention, vous ne voulez plus vendre ; ou bien, ayant vendu, vous ne voulez plus recevoir l'argent comme argent prêté. A la rigueur, on pourrait dire que dans le premier cas l'opération se résout en un dépôt ; dans le second cas, en un mandat. A coup sûr, cependant, ce n'est ni un mandat ni un dépôt que nous avons voulu faire ; et il serait bizarre que la nature d'une opération juridique ne se déterminât qu'après coup par un résultat de fait qui certainement n'a été ni le but pur et simple ni même le but alternatif des parties. Aussi Labéon croit plus sûr de donner l'action *præscriptis verbis*. Est-il possible qu'antérieurement à ce jurisconsulte le droit civil refusât toute action? Je n'oserais pas affirmer que l'ac-

tion *depositi* ou l'action *mandati* fussent admises. Mais il est indubitable que le droit civil accordait au moins la revendication, ou, si la chose avait péri par le dol ou la faute de l'*accipiens*, une *condictio*. Ici encore ce n'est donc pas le défaut absolu d'action qui conduit Labéon à donner l'action *præscriptis verbis*. C'est toujours, avant tout un intérêt de méthode. C'est aussi, mais en supposant que le droit civil n'accordât que la revendication ou la *condictio*, c'est aussi, dis-je, le désir de consacrer la convention, et par là de faire au demandeur une position meilleure que celle qui résulterait d'une revendication ou d'une *condictio*, actions dans lesquelles on ne tient aucun compte de la convention.

Troisième catégorie. Il est possible que les parties aient eu l'intention de faire naître un contrat nommé, mais qu'elles en aient subordonné la formation à l'événement d'une condition. Si la condition s'accomplit, nulle difficulté. Si elle défaille, l'action *præscriptis verbis* pourra, selon les circonstances, devenir nécessaire.

Voici de cette idée trois applications qui vous sont connues.

1° Je vous ai vendu une bibliothèque sous la condition que les Décurions Campaniens consentiraient à vous vendre le local destiné à la recevoir. Les Décurions consentent à vendre, vous refusez d'acheter. Nous avons vu que dans la doctrine qui a prévalu vous serez considéré comme acheteur de la bibliothèque, parce qu'on répute accomplie la condition défaillie par le fait du débiteur. Labéon, qui sans doute n'admettait pas cette règle, donne contre vous l'action

præscriptis verbis (L. 50, de cont. empt. XVIII, 1). Or, en supposant, ce qui est très-croyable, qu'à l'époque de Labéon, l'action *venditi* fût généralement rejetée dans cette hypothèse, est-ce que toute action faisait défaut? j'ai peine à croire que l'action *de dolo* ne fût pas donnée. Que l'on n'osât pas, en effet, tenir pour accomplie une condition défaillie, cela se conçoit très-bien; mais il ne fallait pas beaucoup de hardiesse, il ne fallait que du bon sens pour reconnaître un dol dans la conduite du débiteur qui fait défaillir une condition dont l'accomplissement ou la défaillance ne devaient régulièrement dépendre que de la volonté d'un tiers.

2° Je vous livre des chevaux pour les essayer et les acheter, si dans un délai déterminé ils vous conviennent. Le delai expiré, vous refusez d'acheter. Ici, même dans la doctrine définitive, il ne saurait être question de réputer la condition accomplie, puisque dans la pensée commune des parties, la formation du contrat devait dépendre de votre volonté. Il n'y a donc pas de vente, et cependant vous êtes en fait dans la même position que si vous eussiez reçu l'exécution d'une vente contractée. Par quelle action vous redemanderai-je donc soit les chevaux, soit les bénéfices qu'ils ont pu vous procurer? Ulpien donne l'action *præscriptis verbis,* et probablement avant lui Labéon la donnait déjà (L. 20, pr. h. t.). Mais assurément la revendication ne me faisait pas défaut même dans l'ancien droit; j'incline même à penser qu'elle devait aboutir non-seulement à la restitution des chevaux, mais encore à la restitution des bénéfices que ces chevaux avaient pu vous procurer. Dans l'espèce pré-

vue par Ulpien ces bénéfices consistent en un prix gagné à la course; or ce n'est pas là un fruit, et quand même c'en serait un, vous ne sauriez le garder, n'étant pas possesseur de bonne foi.

3° Je vous livre des mules à l'essai : Si dans un délai déterminé elles vous conviennent, vous les garderez moyennant un prix que nous arrêtons; sinon, vous me les rendrez en me payant tant par chaque jour d'usage (L. 20, § 1, h. t.). Selon le parti que vous prendrez, l'opération sera vente ou louage. Nous avons subordonné à l'événement d'une condition la nature plutôt que l'existence du contrat. Puis dans le délai et avant que vous vous soyez prononcé, des brigands vous enlèvent les mules à main armée. Désormais la condition ne peut plus s'accomplir ni dans un sens ni dans l'autre, et l'opération n'aboutira ni à un louage ni à une vente. Ici encore l'action *præscriptis verbis* viendra remplacer l'action contractuelle sur laquelle j'avais pu compter. Mais faut-il croire qu'en cette hypothèse l'ancien droit me laissât sans ressources? La revendication certainement me faisait défaut, puisque vous aviez été dépossédé par un cas de force majeure. Mais sans doute l'action *de dolo* devait m'être donnée pour obtenir le paiement de la *merces*; sans quoi ce cas fortuit eût été bien heureux pour vous : il vous aurait assuré après coup, contre mon intention et contre la vôtre, la gratuité de l'usage de ma chose.

En résumé donc, soit que la condition mise à l'existence d'un contrat défaille par un fait imputable à l'obligé; soit qu'elle défaille régulièrement, mais que l'une des parties eût effectué par avance une prestation sur laquelle il est maintenant nécessaire de revenir;

soit enfin que le contrat dût prendre telle ou telle nature d'après l'événement d'une condition qui désormais ne peut plus s'accomplir en un sens ni en l'autre, dans tous ces cas on donne l'action *præscriptis verbis*. Mais pas plus que dans les deux précédentes catégories d'hypothèses, on ne se propose de venir au secours d'une personne absolument destituée de protection ; on veut consacrer le lien contractuel (1).

Quatrième catégorie. — Il faut supposer une convention contenant les éléments d'un contrat de bonne foi; mais cette convention est surmontée d'un pacte adjoint *in continenti* par lequel on modifie ou on supprime un des éléments essentiels de ce contrat. Que ce soit, si vous voulez, un mandat, mais un mandat par l'exécution duquel le mandataire pourra réaliser un bénéfice ou subir une perte (2). Comme il serait bizarre de qualifier mandat une convention contenant une clause incompatible avec la nature de ce contrat, il fallait nécessairement de deux choses l'une : ou admettre la nullité de la convention tout entière, ou annuler seulement le pacte adjoint et consacrer comme mandat la convention ainsi mutilée. Ce second parti eût été visiblement contraire à la bonne foi inséparable du mandat. On déclarait donc la convention nulle comme convention; mais dès que l'une des parties l'avait exécutée, on lui donnait l'action *præscriptis verbis*. On garantissait aussi la foi due à la convention. Mais il est de toute évidence qu'antérieurement à cette application de notre action, la partie qui avait exécuté

(1) Voir sur tout ceci l'explication de la loi 20, pr. et § 1.
(2) Voir les explications données sur la loi 5, § 4, et sur la loi 24.

devait être investie, sinon de l'action *mandati*, au moins de l'action *de dolo* par laquelle elle retirait à l'autre partie le bénéfice résultant de cette exécution.

Cinquième Catégorie. Je vous ai exposé les difficultés et les divergences qui s'élevèrent au sujet des pactes résolutoires joints à un contrat de bonne foi. Par quelle action fallait-il les garantir ? Quoiqu'il parût difficile d'admettre l'action née du contrat, elle fut admise néanmoins dans la doctrine définitive, mais en concours avec l'action *præscriptis verbis* que l'école Proculienne avait proposée avec plus de logique peut-être. Sans revenir sur ce débat, dans lequel il s'agissait seulement de savoir par quelle action contractuelle on consacrerait l'effet du pacte résolutoire, je me bornerai à vous faire remarquer que ni l'action *præscriptis verbis* donnée par les uns, ni l'action utile admise par les autres, n'avaient été nécessitées par le défaut absolu d'action : il est certain que la résolution du contrat autorisait l'exercice d'une *condictio.* Ici donc, comme précédemment, pour ceux qui admettaient l'action *præscriptis verbis,* elle n'était subsidiaire que comme action contractuelle (1).

Mais, laissons de côté ces hypothèses spéciales et les autres que l'on pourrait glaner çà et là peut-être, puisque toutes sans exception rentrèrent, une fois la théorie des contrats innommés bien constituée, dans l'une des quatre combinaisons auxquelles ces contrats se prêtent. Ce que je dois vous montrer maintenant, c'est que dans l'universalité de ses applications l'action *præscriptis verbis* ne vint nulle part combler un vide absolu ;

(1) Voir ci-dessus pages 112 et s.

que jamais elle ne fut donnée à une personne antérieurement dépourvue d'action ; qu'on l'imagina pour donner à l'équité une satisfaction plus pleine, et à la méthode une satisfaction qui lui manquait complètement. Cette démonstration va résulter d'un rappel sommaire de quelques idées connues.

S'agissait-il d'un *negotium do ut des* ou *do ut facias*? Nous avons vu que la même raison d'équité qui de tout temps avait fait admettre la *condictio indebiti* introduisit aussi, dès la plus haute antiquité, une *condictio* dont l'auteur de la dation *ob rem* demeurait investi, tant qu'il n'avait pas obtenu l'exécution réciproque. Et je vous ai dit que les rares applications que le *jus pœnitendi* conserva dans le droit classique ne sont qu'un vestige de cette ancienne *condictio*.

A l'égard des *negotia facio ut des*, *facio ut facias*, nous avons vu que lorsque le fait consistait en une acceptilation, peut-être aussi en une stipulation, on avait admis pareillement une *condictio ;* que si le fait consistait en une tradition non translative de propriété, le *tradens* restait muni, conformément au droit commun, d'une action en revendication ; qu'enfin, pour tous les cas où le fait accompli ne donnait lieu, d'après le droit ancien, à aucune action, on finit par accorder à l'auteur du *factum* une action *de dolo* (1).

Tel était l'état du droit sur cette matière, lorsque l'idée nouvelle des contrats innommés fut entrevue, et l'action *præscriptis verbis* créée. Les trois actions qui appartenaient, selon les cas, à l'auteur de la dation ou du fait, savoir la *condictio*, la revendication ou l'action

(1) Voir les développements donnés ci-dessus pages 43 et s , 169 et s.

de dolo, ne suffisaient pas, parce qu'elles ne consacraient pas la convention elle-même. Elles pouvaient n'aboutir, comme vous l'avez vu, qu'à une incomplète réparation du préjudice causé. On remédia à cet inconvénient en considérant nos quatre *negotia* comme des contrats. Soit qu'on les sanctionnât par l'action *præscriptis verbis*, ou par l'action d'un contrat nommé étendue *utilitatis causa*, la bonne foi était également satisfaite. L'une et l'autre doctrine réalisaient aussi un progrès au point de vue des exigences de la méthode et de la classification ; ce progrès consistait à ne plus confondre l'exécution volontaire d'une convention avec de simples faits générateurs d'un droit, mais indépendants de tout accord de volontés. Toutefois les partisans de l'action *præscriptis verbis* réalisaient ce progrès d'une manière beaucoup plus complète, car ils séparaient nettement ces *negotia nova*, ces *contractus incerti*, de tous les contrats anciennement reconnus, tandis que ceux qui se bornaient à étendre à ces *negotia* les anciennes actions contractuelles n'évitaient une confusion que pour tomber dans une autre. L'action *præscriptis verbis* reposait donc sur une analyse plus sévère ; elle répondait mieux à ce besoin de netteté et de classification qui est inséparable de la vraie science. Et c'est pourquoi elle devait prévaloir. La théorie des contrats innommés fût restée incomplète, si ces contrats n'avaient pas été sanctionnés par une action originale, donnée pour eux et pour eux seuls.

Quoi qu'il en soit, et ce sera là la conclusion des développements qui précèdent, vous devez comprendre maintenant que Justinien en réunissant dans un même titre les actions *in factum* et les actions *præscriptis*

verbis, manque aux règles les plus élémentaires d'une bonne méthode. S'il est vrai, en effet, que ces actions doivent les unes et les autres leur origine à l'insuffisance du droit civil, il est vrai aussi que les actions *in factum* répondent à une nécessité plus profonde; on les crée pour des personnes qui sans elles seraient dépourvues de toute action. L'action *præscriptis verbis*, au contraire, n'est qu'une action meilleure donnée à des personnes déjà munies d'une action moins avantageuse. L'action *præscriptis verbis* est une action contractuelle. Les actions *in factum* dérivent d'un fait ordinairement tout autre qu'une convention; et lors même que le préteur les attache à une convention, cette convention ne devient pas contrat, la rédaction de la formule le prouve suffisamment.

Reste à nous demander, abstraction faite désormais de l'action qu'il fallait attacher aux contrats innommés, sous l'influence de quel principe juridique cette théorie se forma petit à petit et finit par se compléter telle que nous l'avons étudiée. Je vous ai dit plusieurs fois qu'elle fut inspirée par les exigences de l'équité et de la méthode; c'est là, si je puis ainsi parler, son principe philosophique. Mais quand les jurisconsultes veulent faire pénétrer une idée nouvelle dans la législation, ils ne la présentent pas directement au nom de la philosophie; il leur est nécessaire de souder cette idée nouvelle à un principe admis par le droit positif. Quel fut donc le procédé de soudure suivi en notre matière? Cette recherche complètera notre théorie des contrats innommés, en la rattachant à un mouvement général d'idées dont elle n'est que la plus puissante manifestation.

L'ancien droit romain, soit qu'il s'agît de transférer

la propriété, soit qu'il s'agit de faire naître des obligations, ne consacrait pas le simple consentement. Des formes étaient nécessaires pour lui imprimer le caractère de la certitude. Aussi la théorie primitive des pactes, si cela peut s'appeler une théorie, se résume en un seul mot : ils ne produisent aucun effet. De bonne heure, on sentit la nécessité de modifier cette doctrine si raide. La règle ne fut jamais abrogée; sauf quatre pactes érigés dès le principe en contrats qu'on appelle consensuels, sauf aussi quelques autres pactes que le préteur ou les constitutions impériales déclarèrent obligatoires, il reste vrai, même dans le droit de Justinien, que le simple consentement n'oblige pas.

Mais quatre modifications, dont on ne saurait marquer les dates précises, viennent corriger d'une manière à peu près complète ce que cette règle avait d'inique et d'incommode.

1° On admit facilement l'efficacité du pacte *de non petendo*. Cette doctrine nouvelle ne pouvait rencontrer aucun obstacle dans la règle : *Ex pacto actio non nascitur;* et elle découlait avec une évidente nécessité des dispositions par lesquelles le préteur avait consacré l'exception générale de dol.

2° L'admission du pacte *de non petendo* devait conduire les jurisconsultes à considérer les autres pactes comme des sources d'obligations naturelles, et c'est ce qu'ils firent (L. 5 § 2, de solut. XLVI, 3). Au fond, cela revenait à dire que ces pactes pourraient être invoqués par voie d'exception. Or, tel était précisément l'effet du pacte *de non petendo*, effet immédiat et nécessaire dans ce dernier pacte, effet reculé et seu-

lement possible à l'égard des autres pactes (1).

3° On admit que les pactes adjoints *in continenti* à un contrat seraient réputés faire partie du contrat, et qu'en conséquence l'exécution en serait poursuivie par l'action née du contrat. Il est certain que cette doctrine fut d'abord restreinte aux contrats de bonne foi (2), et prebablement ce furent les contrats consensuels qui en reçurent les premières applications ; puisqu'en effet l'ensemble de l'opération subsistait par le seul consentement des parties, il était naturel d'étendre aussi aux clauses accessoires la puissance et l'efficacité du consentement. La doctrine contraire eût été peu pratique ; car il est bien rare que dans ces contrats, principalement dans la vente et dans la société, les parties ne se proposent pas d'ajouter ou de retrancher quelque chose aux effets naturels du contrat. Méconnaître les *pacta adjecta*, c'eût été en définitive les contraindre indirectement de recourir à la stipulation. Dès lors l'utilité pratique de la théorie des contrats consensuels se serait évanouie dans la plupart des cas.

4° Parallèlement à la théorie des pactes adjoints *in continenti* à un contrat, comme extension ou comme corollaire presque nécessaire de cette théorie, se déve-

(1) Cet effet de pactes nus est contesté par quelques interprètes. On peut consulter sur la question le traité des *obligations naturelles* de M. Machelard, pages 28 et suiv. Voir aussi ce que j'ai dit ci-dessus page 184 et s.

(2) On discute si elle fut étendue aux contrats *stricti juris*, à mes yeux la question doit se résoudre par une distinction d'époques. Dans le principe, certainement ces pactes n'étaient pas pris en considération. Mais à la fin de l'époque classique, je crois qu'on les tenait pour compris dans le contrat. Cela résulte, pour la stipulation; de la loi 40, *de reb. cred.* (XII, 1), pour le *mutuum*, des lois 71, pr. de fidej. (XLVI, 1) et 12, C. de usur. (IV, 32). J'excepterai seulement le pacte d'intérêt joint au *mutuum* d'argent ; ce pacte ne donne jamais d'action (L. 11, § 1, de reb. cred. XII, 1).

loppe celle des contrats innommés. Puisque les pactes adjoints à un contrat se soutiennent par ce contrat, en reçoivent la vie et en empruntent la force obligatoire, pourquoi donc les pactes adjoints à une dation ne se soutiendraient-ils pas aussi par elle? Une tradition, une mancipation, une *cessio in jure* sont des faits juridiques au même titre que les contrats; ils ont la même irrévocabilité; leur vigueur se communiquera donc aussi aux pactes adjoints. Que telle soit bien la pensée inspiratrice, la cause juridique des contrats *do ut des* et *do ut facias*, c'est ce qui ressort notamment d'une constitution de l'empereur Maximin. Dans le principe, la dot adventice, dont le retour n'avait pas été stipulé par le constituant, restait toujours au mari en cas de dissolution du mariage par le prédécès de la femme (Ulp. reg. VI, § 5). Eh bien! l'empereur Maximin décide que la dot constituée par la mère, sera redemandée par l'action *præscriptis verbis*, si la constitution de dot a été accompagnée d'un pacte de restitution (1). Et il faut donner la même décision, c'est Justinien qui le constate, quel que soit le constituant autre que le père, c'est-à-dire toutes les fois qu'il s'agit d'une *dos adventitia* (L. unic. § 13, C. de rei. uxor. V, 13).

On dut hésiter davantage à l'égard des *negotia facio*

(1) Le rescrit de Maximin forme la loi 6, C. de jur. dot. (V, 12): « Avia » tua eorum quæ pro filia tua in dotem dedit, et si verborum obligatio non » intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si hæres exstitisti, trans- » mittere potuit. Neque enim eadem causa est patris et matris paciscen- » tium; quippe matris factum actionem præscriptis verbis constituit, patris » dotis actionem profectitiæ nomine competentem conventione simplici mi- » nime creditur innovare. »

Le contrat *do ut des* que nous trouvons ici ne rentre pas dans l'échange. Du reste le pacte de restitution engendre aussi une *condictio* (L. 1, C. de pact. convent. tam super dot. V, 14). Ce texte nous fait observer que le pacte n'est pas nu, précisément parce qu'il est adossé à une dation.

ut des et facio ut facias. Car si toute dation constitue une opération juridique, j'entends une opération dont les formes et les effets sont légalement déterminés, cela n'est plus vrai de tout fait. Et voilà pourquoi les *negotia do ut des* et *do ut facias* furent érigés en contrats bien avant la généralité des *negotia facio ut des* et *facio ut facias.* Toutefois, lorsque le *factum* accompli présentait le caractère d'un acte juridique, lorsque c'était un affranchissement ou une acceptilation, l'hésitation dut cesser assez vite (L. 7, § 2, de pact. II, 14.—L. 9, h. t.). Que s'il s'agissait d'un fait consistant en une tradition non translative de propriété, les scrupules des jurisconsultes ne durent pas non plus persister très-longtemps (L. 17, 18, 19 pr. 20 et 22, h. t.). En effet, l'opération ainsi formée ressemblait presque toujours à un contrat nommé, dépôt, commodat ou louage. Or, pour qui analyse bien ces contrats, en quoi consistent-ils? Le dépôt et le commodat ne sont autre chose que des pactes adjoints à une tradition non translative ; le louage est moins encore, puisqu'il se forme par le seul consentement. A l'égard des autres faits, l'analogie avec les opérations consacrées par le droit civil était moins marquée, et l'hésitation dut être plus longue (L. 15, h. t.). Mais l'élan était imprimé ; et comme il arrive souvent, les jurisconsultes, élargissant leur donnée première, poussés par le sentiment de l'équité à des conséquences que ne contenait pas rigoureusement leur point de départ, arrivèrent à effacer toute distinction entre les faits qui constituent des actes juridiques et les autres faits ; ils cessèrent de considérer comme pacte nu le pacte qui avait précédé ou accompagné l'exécution d'un fait quelconque, pourvu que ce fait présentât un carac-

tère d'irrévocabilité (1). Dès lors, la théorie des contrats innommés était complète. Que restait-il à faire aux peuples qui devaient recueillir l'héritage juridique des Romains? une seule chose: consacrer la convention elle-même, indépendamment de toute exécution. Et c'est ce qu'a fait notre législation française. Sans doute, la variété innombrable des opérations juridiques nous oblige à reconnaître encore aujourd'hui des contrats innommés ; mais comme ces contrats se forment, ainsi que l'immense majorité des autres, par le seul consentement, comme d'ailleurs ils ne sont soumis à d'autres règles qu'aux règles générales des contrats et à cette loi souveraine qu'il faut avant tout, pour interpréter une convention, rechercher l'intention des parties, il est certain que nous ne saurions sans grand danger chercher dans la théorie romaine des principes encore applicables chez nous. Néanmoins, pour ceux qui aiment à suivre la marche de l'esprit humain et la génération de ses idées, l'étude de cette théorie n'est pas dénuée d'intérêt; elle nous montre ce que peut coûter d'efforts le dégagement des vérités les plus simples en apparence; elle nous permet de mesurer la supériorité, au point de vue moral, de notre législation sur celle des Romains; en même temps, elle nous apprend à ne pas dédaigner cette législation romaine, mère de la nôtre ; car ce sont ses progrès qui ont préparé nos progrès, et par l'éducation qu'elle nous a donnée, elle peut, toute morte qu'elle est, revendiquer comme sienne une bonne part de notre supériorité.

(1) Je ne me préoccupe plus ici des difficultés particulières que rencontra l'admission du contrat *facio ut des*. Voir ci-dessus pages 192 et s.

TABLE DES MATIÈRES.

	Pages
Première conférence	1
Deuxième conférence	15
Troisième conférence	34
Quatrième conférence	57
Cinquième conférence	82
Sixième conférence	100
Septième conférence	118
Huitième conférence	133
Neuvième conférence	152
Dixième conférence	166
Onzième conférence	189
Douzième conférence	207
Treizième conférence	223
Quatorzième conférence	239
Quinzième conférence	256
Seizième conférence	277
Dix-septième conférence	296
Dix-huitième conférence	315
Dix-neuvième conférence	329
Vingtième conférence	349

TABLE DES TEXTES TRADUITS ET EXPLIQUÉS.

Dig. xix, 5. — *De præscriptis verbis.*

	Pages
L. 1 pr.	85
L. 1 § 1	87
L. 1 § 2	91
L. 2	94
L. 3	94
L. 4	94
L. 5 pr.	100
L. 5 § 1	104
L. 5 § 2	144
L. 5 § 3	192
L. 5 § 4	223
L, 5 § 5	234
L. 6	239
L. 7	150
L. 8	244
L. 9	256
L. 10	329
L. 11	334
L. 12	261
L. 13 pr	263
L. 13 § 1.	268
L. 14 pr	336
L. 14 § 1.	339

Pages

L. 14 § 2. 341
L. 14 § 3. 343
L. 15 200
L. 16 pr 271
L. 16 § 1. 274
L. 17 pr 277
L. 17 § 1. 279
L. 17 § 2. 283
L. 17 § 3. 285
L. 17 § 4. 289
L. 17 § 5. 290
L. 18. 296
L. 19 pr 298
L. 19 § 1. 306
L. 20 pr 309
L. 20 § 1 315
L. 20 § 2. 318
L. 21 344
L. 22. 212
L. 23. 347
L. 24. 319
L. 25. 167
L. 26 324

Dig. xii, 4. — *De condictione causa data causa non secuta.*

L. 3 § 4 241
L. 16 218

Cod. ii, 4. — *De transactionibus.*

L. 6 207

TABLE DES TEXTES RAPPROCHÉS OU CITÉS

DROIT ANTÉRIEUR A JUSTINIEN.

Pages

Cicéron. —*De natura Deorum*, III, 30. 73
— *De officiis*, II, 14 73
— *Pro Roscio comœdo*, 4 et 5. 167
Tacite. — *Annales*, XI, 7 162
Florus. — III, 19 296
Lampridius, — *Alexander Severus*. 160, 211
Gaius. —*Institutiones*, II, § 2 105
III, § 84 345
§ 100. 331
§ 105. 11
§ 124 . . . . . 179, 320
§ 137. 20
§ 138. 11
§ 141 . . . . . 51, 106, 125
§ 143. . . . . 54, 215
§ 144. . . . . 52, 386
§ 146. 316
§ 217. 338
IV § 2. 20
§ 38 345
§ 40 . . . . .64, 67, 249, 359
§ 41 . . . . . .249, 250
§ 42 250
§ 43 250
§ 46 . . . . . 67, 345
§ 47 . . . . . .67, 345, 359

Pages

§ 55 . . . . . .231, 359
§ 58 359
§ 118. 347
§ 130. 66
§ 131. 138
§ 171 179
Ulpien.— *Regulæ*. Tit. 6, § 5 371
Tit. 15. 334
Paul. — *Sentences* I. 15, § 1. 343
II Tit. 4, § 4 280
Tit. 17, § 2 131
IV Tit. 6a § 1 296
Fragmenta Vaticana § 12. 134
§ 310. 347
Cod. Theodos. x, Tit. 12, *Si vagum mancipium, etc.*
L. 1. 296
Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.
Tit. X, cap. 2 § 3 228

DROIT DE JUSTINIEN.

Institutes.
II Tit. 2. *De rerum divisione.*
§ 41 142
§ 44 27
III Tit. 15, *De verborum obligationibus.*
§ 5. 149
Tit. 17, *De divisione stipulationum.*
§ 3 . . . . . 11, 97
Tit. 23, *De emptione et venditione.*
§ 3 139
Tit. 24, *De locatione et conductione.*
§ 1 . . . . . 1, 217
§ 2. . . . . 1, 61, 232, 287
§ 4. 146
Tit. 25, *De societate.*
§ 9. 268

Pages

Titi. 26, *De mandato.*
§ 13. . . . . 158, 258
Tit. 27, *De obligationibus quæ quasi ex contractu, etc.*
§ 3 288
IV Tit. 3, *De lege Aquilia.*
§ 16 . . . . . .336, 340, 342
Tit. 6, *De actionibus.*
§ 1 21
§ 28 . . . . . .1, 28, 71, 78

Digeste ou Pandectes.

L. I, tit 2. *De origine juris.*
L. 2, § 5 68
— § 47 . . . . . 48, 333
Tit. 8, *De divisione rerum.*
L. 1, pr. 105
Tit. 15. *De officio præfecti vigilum.*
L. 3, § 1 253
Tit. 18. *De officio præsidis.*
L. 8 164
L. 9 164
L. II, tit. 13, *De edendo.*
L. 1, § 1 85
Tit. 14, *De pactis.*
L. 1, § 2 4
— § 3. 7
L. 5, ...4, 5
L. 6, ... 5
L. 7, pr. 5
— § 1 . . . . . .5, 7, 23, 24
— § 2 . 12, 17, 23, 27, 31, 32, 51, 54, 55, 57, 67, 68, 123, 203, 219, 271, 372.
— § 4 . . . . . .17, 242

Pages

— § 5 308
L. 48, ... 321
L. III, tit. 5, *De negotiis gestis.*
L. 7, ... 325
L. 47, § 1 60
L. IV, tit. 3, *De dolo malo.*
L. 7, § 3 . . . . . 40, 47, 205
L. 9, § 3 . . . . . 44, 52, 294
L. 34 273
L. V, tit. 1, *De judiciis.*
L. 18, § 1 352
Tit. 2, *De inofficioso testamento.*
L. 6, § 2 209
L. 15, § 1 209
L. 27, pr. 209
L. VI, tit. 1, *De rei vindicatione.*
L. 38, ... 261
L. 41, ... 113
L. VII, tit. 1, *De usufructu et quemadmodum, etc.*
L. 3, *pr* 20
L. 13, § 2. 332
Tit. 5... *De usufructu earum rerum, etc.*
L. 5, § 1 331
Tit. 9. *Usufructuarius quemadmodum caveat.*
L. 7, *pr*. 332
L. 7, § 1. 331
L. IX, tit. 2, *Ad legem Aquiliam.*
L. 27, § 7 339
§ 19 338
§ 21 . . . . . 339, 341
L. 30, § 2. 344

Pages

L. X, tit. 2, *Familiæ erciscundæ.*
L. 18, § 2. . . . . 51, 57
L. 20, § 3 58
Tit. 3, *Communi dividundo.*
L. 3, § 1 288
L. 14, § 2 288
L. 23 287
L. XI, tit. 5, *De aleatoribus.*
L. 2, § 1 291
L. 3 291
L. XII, tit. 1, *De rebus creditis, etc.*
L. 1, *pr* 179
L. 2, § 3 320
L. 9, *pr* 24, 69
L. 11, *pr*. 300, 304
§ 1 370
L. 23 172
L. 32 172
L. 40 . . . . . .3, 370
Tit. 3, *De in litem jurando.*
L. 5, *pr*. et § 3 79
Tit. 4. *De condictione causa data causa non secuta.*
L. 3, § 2 . . . . . 175, 181
§ 3 . . . 147, 149, 175, 181
§ 4 . . . . . 18, 214, 218
§ 5 178
L. 4 . . . . . 170, 257
L. 5, *pr* 153, 175, 181
§ 1 . . . . . 148, 181; 184
§ 2 . . . . . 181, 184
§ 4 175
L. 10 169
L. 15 252

Pages

L. 16 . . . . . 37, 40, 107, 118, 176

Tit. 5. *De condictione ob turpem vel injustam causam.*

L. § 2. 201

Tit. 6, *De condictione indebiti.*

L. 26, § 12. . . . 167, 173, 236, 237

L. 52 103

L. 65, pr 103

§ 2. 103

§ 4. . . . . 37, 103

§ 8. 177

Tit. 7, *De condictione sine causa.*

L. 1, § 1 et 2. 171

L. XIII. tit. 5, *De pecunia constituta.*

L. 1, § 6. 24

Tit 6, *Commodati vel contra.*

L. 1, § 1. 277

L. 8 et 9. 326

L. 13, § 1. . . . . 309, 312

Tit. 7, *De pignoratitia actione vel contra.*

L. 27 61

L. XIV. tit. 2, *De lege Rhodia de jactu.*

L. 2, pr. 89

§ 1 et 2. 337

Tit. 3, *De Institoria actione.*

L. 5, § 4. 281

L. XV. tit. 1, *De peculio.*

L. 49, § 2. 9

L. XVI. tit. 3, *Depositi vel contra.*

L. 1, § 9. 29

§ 12. 228

L. 6. . . . . 294, 296

L. 24. 325

Pages

L. XVII. tit. 1, *Mandati vel contra.*

L. 1, § 4. 226
L. 6, pr. 162, 324
L. 7 324
L. 8, § 6. 182
L. 10, § 3. 323
L. 16 232
L. 27, § 4. 227
L. 34, pr. 304, 320
L. 36, § 1. 227

Tit. 2, *Pro socio.*

L. 1. 270
L. 2. 270
L. 3, § 3. 221
L. 5, § 2. 265
L. 44 265
L. 52, § 7. 267

L. XVIII, tit. 1, *De contrahenda emptione et venditione.*

L. 1, § 1. 106
L. 6, § 1. 114
L. 20 155
L. 21 135
L. 35, § 4. . . . , ... 139
L. 50 . . . 48, 99, 116, 254, 310 362
L. 57. 120

Tit. 3, *De lege commissoria.*

L. 4, pr. 114

Tit. 5, *De rescindenda venditione.*

L. 6. . . . . 114 et 115

L. XIX, tit. 1, *De actionibus empti et venditi.*

L. 6, § 1 . . . . . 240, 241
L. 11, § 1 137
— § 2. . . . . 136, 138

Pages

— § 6. 114
L. 13, § 8 144
L. 19 et 20 156
L. 25 273
L. 30, § 1 137
L. 45, § 2 235
Tit. 2, *Locati conducti.*
L. 11, § 3 . . . . . 89, 154
L. 13, § 1 89
L. 19 § 12 240
L. 22, § 2 88
L. 25, § 7 . . . . . 89, 154
L. 38 . . . . . 159, 243
Tit. 3, *De æstimatoria.*
L. 1, pr. 23, 77
L. 1, § 1 280
L. 2 283
Tit. 4, *De rerum permutatione.*
L. 1, pr. 106, 140
— § 1 . . . . . .66, 129, 141
— § 2 . . . . . 51, 133
— § 3 . . . . 19, 37, 38, 134, 218
— § 4 . . . . . .37, 38, 81, 134
L. 2 130
L. XX, tit. 1, *De pignoribus et hypothecis.*
L. 11, § 1 307
Tit. 2, *In quibus causis pignus*, etc.
L. 8 307
Tit. 3, *Quæ res pignori*, etc.
L. 3, pr. 210
L. XXI, tit. 1, *De ædilitio edicto.*
L. 19, § 5 . . . . . .26, 136
Tit. 2, *De evictionibus*,
L. 2 131

Pages

L. 26 235

Tit. 3, *De exceptione rei venditæ et traditæ.*

L. 1, § 2 142

L. XXII, tit. 1, *De usuris et fructibus.*

L. 48 334

L. XXIII, tit. 3, *De jure dotium.*

L. 43, pr. 170

L. XXIV, tit. 1, *De donationibus inter virum et uxorem.*

L. 32, § 1 334

L. XXX. tit., *De legatis I.*

L. 26, § 2. 330

L. 108, § 12. . . . . 229, 319, 323

L. XXXI. tit. *De legatis II.*

L. 77, § 18 58

L. XXXIII. tit. 2, *De usu et usufructu et reditu, etc.*

L. 24, pr 330

L. 43 334

L. XXXV. tit. 2, *Ad legem falcidiam.*

L. 73, § 5. 330

L. XXXVII. tit. 12, *Si a parente quis manumissus sit.*

L. 5. 240

L. XXXVIII. tit. 1, *De operis libertorum.*

L. 6. 236

L. 13 pr. et § 1 237

L. XXXIX. tit. 5, *De donationibus.*

L. 6. . . . . 272, 273

L. 18, pr 30, 31, 275

L. 26 9

L. 28 . . . . . 30, 81

Pages

Tit. 6, *De mortis causa donationibus.*
L, 35, § 3. 38
§ 5. 265
L. XL. tit. 2, *De manumissis vindicta.*
L. 5. 333
Tit. 8, *Qui sine manumiss.*
L. 3. 148
Tit. 12, *De liberali causa.*
L. 38, § 1. 147
L. XLI. tit 1, *De acquirendo rerum dominio.*
L. 55. 341
L. XLII. tit. 6, *De separationibus.*
L. 1, § 1 330
L. 4, § 1 330
L, XLIII. tit. 26, *De precario.*
L. 1, § 2 et 3 59
L. 2, § 2 . . . 28, 59, 71, 75, 214
L. 19, § 2. . . . . 59, 76, 214
Tit. 28, *De glande legenda.*
L. 1 § 1. 341
L. XLIV. tit. 1, *De exceptionibus.*
L. 14. 347
L. 23 347
Tit. 4, *De doli mali et metus exceptione.*
L. 4, § 16. 347
§ 32. 347
Tit. 7, *De obligationibus et actionibus.*
L. 1, § 5 284
L. 3, *pr.* 20
L. 11 62
L. 13 352
L. 34, *pr* 340
L. XLV, tit. 1, *De verborum obligationibus.*
L. 85, § 7 254

Pages

L. 91, *pr* 40
L. 122, § 6 210
Tit. 3, *De stipulatione servorum.*
L. 39 51
L. XLVI, tit. 1, *De fidejussoribus et mandatoribus.*
L. 71, *pr* 370
Tit. 3. *De solutionibus.*
L. 5, § 2. 369
L. 31 167
Tit. 4, *De acceptilatione.*
L. 8, *pr* 256
L. 18, *pr* 24
L. XLVII, tit. 2, *De furtis.*
L. 14, § 1. 144
L. 71, *pr* 292
L. 78. . . . . 95, 285
L. 80, § 1 293
L. XLVIII, tit. 18, *De quæstionibus.*
L. 13. 245
L. L, tit. 13, *De extraordinariis cognitionibus.*
L. 1, *pr*. 154, 159, 161
§ 1 . . . . . 154, 159
§ 6 et 7. 161
§ 8 et 9. 160
§ 10. . . . . 154, 159
§ 12 160
§ 14. . . . . 161, 165
§ 15. . . . . 160, 165
Tit. 15, *De censibus.*
L. 1, *pr* 215
Tit. 16, *De verborum significatione.*
L. 5, § 1. 158

Pages

L. 189. 20
L. 222 179
L. 236, § 1 343
Tit. 17, *De diversis regalis juris.*
L. 23 . . . . . 59, 228
L. 77 256
L. 92 161

CODE.

L. II. tit 3, *De pactis.*
L. 9. 278
Tit. 4, *De transactionibus.*
L. 6 . . . . . 21, 56, 63, 64, 207
Tit. 21, *De dolo malo.*
L. 4 19,
22, 44, 45, 49, 56, 127, 196, 208
L. III. tit 32. *De rei vindicatione.*
L. 12. 143
Tit. 35, *De lege Aquilia.*
L. 6 344
Tit. 43, *De aleatoribus.*
L. 1. 295
L. IV. tit. 2, *Si certum petatur.*
L. 8 299
Tit. 6, *De condictione ob causam datorum.*
L. 2 30
L. 4. 159
L. 9. 151
L. 10. . . . . 121. 176
L. 11 159
Tit. 21, *De fide instrumentorum.*
L. 17 134
Tit. 35, *Mandati.*
L. 1. 162

Pages

L. 4. 227

L. 13 229

Tit. 38, *De contrahenda emptione et venditione.*

L. 8. 143

Tit. 44, *De rescindenda venditione.*

L. 2. . , ... 136

L. 8. 136

L. 14 143

Tit. 54, *De pactis inter emptorem et venditorem compositis.*

L. 2. . . . . 99, 113, 262

Tit. 57, *Si mancipium ita fuerit alienatum ut manumittatur, etc.*

L. 4. 148

Tit. 64, *De rerum permutatione et de præscriptis verbis actione.*

L. 1. 125

L. 2 17

L. 3. . . . . 17, 125

L. 4. . . . . 79, 98, 111, 127, 258

L. 5 180

L. 6. . . . . 16, 68

L. 7. . . . . 125, 180

L. 8. . . . . 31, 81

L. V, tit. 12, *De jure dotium.*

L. 6 . . . . . 117, 371

Tit. 13, *De rei uxoriæ actione, etc.*

L. unic. § 13 . . . . . 117, 371

Tit. 14, *De pactis conventis tam super dote, etc.*

L. 1. . . . . 63, 271

L. VIII, tit. 45, *De evictionibus,*

L. 24, pr. 134

Pages

Tit. 54, *De donationibus.*

L. 9, p. 31, 68, 81

L. 22, ... 31, 68, 81

Tit. 55, *De donationibus quæ sub modo.*

L. 3 62

Arras, Typ. et Lith. d'Alphonse Brissy.

ADDITION.

Page 144. — Comme complément des observations par lesquelles j'explique le refus de la *condictio* au vendeur non payé, ajoutez que rien ne l'empêche, en faisant la tradition, d'y joindre un pacte portant que jusqu'au paiement du prix, l'acheteur détiendra la chose à titre de *conductor* ou de précariste (L. 16, de peric. et comm. rei vend. XVIII, 6). L. 20, de precar. XLIII, 26). Par l'effet de cette convention, il reste possesseur et propriétaire. Il est donc rigoureusement vrai de dire que le vendeur non payé ne transfère la propriété qu'autant qu'il veut bien la transférer.

ERRATA

Page 28, ligne 23, au lieu de *l. 8*, lisez *l. 2*.
— 56, ligne 5, au lieu de *trauf.*, lisez *trans.*
— 87, ligne 28, au lieu de *ait*, lisez *scribit*.
— 115, lignes 13 et 14, au lieu de *de leg. commiss.*, lisez *de resc. vend.*
— 122, note, au lieu de *32 et 33*, lisez *40 à 42*.
— 127, note, au lieu de *122*, lisez *45*.
— 154, ligne 28, au lieu de *4*, lisez *L*.
— 158, ligne 13, au lieu de *verbis*, lisez *verbor*.
— 159, note 2, ligne 2, au lieu de *XXI*, lisez *XIX*.
— 186, note, lisez *page 144*.
— 350, dernière ligne, au lieu de *de*, lisez *des*.
— 359, lignes 4 et 5, au lieu de *on* et *ou*, lisez *au*.
— 373, note, ligne 1, au lieu de *remontra*, lisez *rencontra*.

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

Rom
Law
A169c

Accarias, Calixte
Théorie des contrats innommés